

Tavolo:	15
Titolo:	MAFIE E EUROPA
Coordinatore	ANNA MARIA MAUGERI

ABSTRACT

La cooperazione giudiziaria penale dovrebbe rappresentare la priorità strategica in una lungimirante politica europea ed italiana nella lotta al crimine organizzato e, invece, non sembra essere in questo momento la priorità a livello europeo, mentre a livello interno i ritardi nel recepimento della normativa europea stano dando vita a dei veri e propri cortocircuiti normativi (ad esempio tra normativa OEIP e normativa di recepimento della Convenzione di Bruxelles del 2000 sull'assistenza giudiziaria in materia penale) che renderanno particolarmente complesso il lavoro dell'interprete, fermo restando l'encomiabile lavoro svolto in questa legislatura introducendo ben 16 decreti legislativi in attuazione della normativa europea. Le audizioni svolte e le relazioni di altri tavoli (Mafia e globalizzazione, Mafia e economia) confermano l'espansione della "mafia" (soprattutto nella forma della 'ndrangheta) in Europa e in altri paesi terzi, nonché la difficoltà della cooperazione giudiziaria quando si tratta di far comprendere alle autorità straniere la realtà dell'associazione mafiosa, che non coincide con quella di crimine organizzato. In considerazione dell'insufficienza della nozione di organizzazione criminale offerta dalla Decisione quadro 2008/841/GAI emerge, quindi, la necessità che l'Italia, in un momento di mancanza di prospettiva strategica del Consiglio, si faccia promotrice di una nuova iniziativa volta all'introduzione di una direttiva in materia, anche alla luce delle indicazioni provenienti dalla risoluzione del Parlamento europeo del 2011, dalla relazione CRIM 2013, dalla risoluzione sulla corruzione del Parlamento del 2016; una definizione capace di ricomprendere la nostra fattispecie di associazione di stampo mafioso, liberandola dalle sue origini socio criminologiche, e cioè una associazione che svolge attività economico-imprenditoriali o comunque persegue finalità di arricchimento economico ma con metodo illecito, rappresentato dall'alterazione (sistematica) delle regole del mercato con intimidazione e/o corruzione. Un'altra linea di politica giudiziaria già oggi possibile, ma non considerata nella prassi, è quella di sfruttare le potenzialità offerte dalla normativa in materia di associazione di carattere transnazionale, Convenzione UNTOC 2000 recepita in Italia con la legge 146/2006, che potrebbe aprire le strade della cooperazione giudiziaria laddove l'associazione criminale endogena di tipo mafioso abbia ramificazioni transnazionali (perlomeno ai fini della confisca ex art. 13 della Convenzione).

Si propone anche alla luce della risoluzione sulla criminalità organizzata nell'Unione Europea, adottata dal Parlamento europeo il 25 ottobre 2011, di esaminare « con maggior rigore la questione della criminalizzazione di qualsiasi forma di sostegno alle organizzazioni criminali», ma con espressa tipizzazione legislativa.

Sul fronte della lotta all'illecito arricchimento delle mafie, nonostante i passi avanti fatti in termini di armonizzazione con l'attuazione in 19 paesi della Direttiva 42/2014, si continuano a non valorizzare le potenzialità della decisione quadro 783/2006 in termini di mutuo riconoscimento (tale decisione consente, in base ad una corretta interpretazione, il mutuo riconoscimento anche di provvedimenti di confisca senza condanna, pur senza imporla). La sfida, allora, è rappresentata dalla proposta di Regolamento del 21 dicembre 2016 destinato ad imporre – senza richiedere interventi di recepimento – il mutuo riconoscimento di tutti i provvedimenti di confisca, anche senza condanna, purchè pronunciati in un procedimento penale; tale regolamento, salvo l'ampliamento del suo ambito di applicazione propugnato dalla rappresentanza italiana e irlandese (in modo da ricomprendere i provvedimenti pronunciati in materia penale, anche di carattere civilistico), insieme alla sentenza De Tommaso 2017 della Corte Edu, può rappresentare lo stimolo per un intervento legislativo volto a ricondurre il procedimento di prevenzione patrimoniale alle garanzie della materia penale e in tale direzione dovrebbe indirizzarsi anche l'impegno della giurisprudenza italiana nell'offrire un'interpretazione garantista del d.lgs. n. 159/'11, come in parte già avviene. Per il resto a livello europeo l'Italia potrebbe, inoltre, farsi promotrice di uno strumento legislativo in materia di “amministrazione giudiziaria dei beni”, sul modello dell'art. 34 d.lgs. n. 159/'11, o di “controllo giudiziario” ex art. 34 bis d.d.l. n. 2134; si tratterebbe di una strategia di intervento ispirata al rispetto del principio di proporzionalità laddove tale forma di intervento meno invasiva e priva degli effetti definitivi della confisca, possa essere ritenuta sufficiente (rimane la necessità di interventi di coordinamento/armonizzazione circa la gestione dei beni sequestrati).

Di fronte alla deprecabile scelta politica di limitare le competenze e l'autonomia del Pubblico ministero europeo, quale emerge dalla proposta di regolamento in materia, - pur nella speranza di recuperare il più possibile in sede di approvazione da parte del Parlamento (e ferma l'opportunità di partecipare alla fase di elaborazione delle regole di funzionamento) - , una seria volontà politica di cooperazione giudiziaria presuppone, allora, la scelta politica di valorizzare il ruolo di Eurojust quale fondamentale attore della cooperazione. Ciò sia a livello europeo attraverso una piena attuazione delle potenzialità offerte dall'art. 85 TFUE, sia a livello interno riconoscendo i poteri giudiziari già previsti dalla decisione quadro 2002 ma ancor di più dall'ancora inattuata decisione 426/'09, nonché incrementando il personale e le possibilità di accesso e di scambio di informazioni; il tutto in collaborazione con Europol, per valorizzare un ruolo propositivo e di coordinamento di tali agenzie. Il ruolo di Eurojust dovrebbe essere potenziato anche nell'attività di monitoraggio dello stato di funzionamento del MAE, per analizzare e superarne le criticità, salva l'opportunità di sollevare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per le deviazioni della normativa italiana rispetto alla decisione quadro del 2002 n. 584. Così come il ruolo di Eurojust e di Europol deve essere ottimizzato nella costituzione delle squadre investigative comuni, riformando a tal fine la nostra normativa, d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34 di recepimento della decisione quadro 2002/465/GAI; tale strumento rappresenta la piena espressione di una

strategia nuova e vincente nella lotta al crimine organizzato, - come confermato anche nelle audizioni -, che si realizza con l'attivo coinvolgimento nelle indagini delle autorità giudiziarie dei diversi paesi interessati in una concezione dinamica e non statica della cooperazione, per lo meno laddove possibile.

Il recepimento della direttiva 2014/41/UE, relativa all'ordine europeo di indagine penale, normativa che necessita di coordinamento con la disciplina dell'EPPO, potrebbe rappresentare lo stimolo per un ulteriore lavoro di armonizzazione in materia a livello europeo per superare le criticità che sorgeranno nella prassi.

Nella relazione del tavolo sono state avanzate proposte legislative puntuali per il migliore recepimento della normativa europea in materia, alla ricerca di un corretto equilibrio tra le istanze dell'efficienza e quelle della garanzia dei diritti fondamentali e dei diritti della difesa (in materia è importante anche la giurisprudenza della Corte Edu), talora trascurati nella riflessione in materia di cooperazione, ma a monte il Tavolo evidenzia la necessità di curare la formazione dei magistrati, che rappresenta il primo e indispensabile presupposto per un'efficace cooperazione che sfrutti le potenzialità offerte dalle multiple reti e strumenti già presenti sul piano europeo e internazionale.

Il Tavolo ha inserito delle proposte di parte speciale in cui in relazione ad alcuni reati scopo delle organizzazioni criminali sono state evidenziate criticità e avanzate proposte legislative e best practices (tratta, cyber crime, traffico di organi, clandestinità, corruzione, rapporti con il terrorismo).

Tutti i lavori hanno risentito profondamente dei tempi limitati e della mancanza di risorse.

PERCORSI TEMATICI ASSEGNATI

Lo spazio europeo comune di giustizia penale e il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

La cooperazione giudiziaria all'interno dell'Unione e anche con paesi terzi (attenzione sia alle esigenze dell'efficienza sia alle esigenze di salvaguardia delle garanzie fondamentali) e la necessaria armonizzazione legislativa, sia a livello sostanziale sia procedurale.

Focus sulla nozione di crimine organizzato nella legislazione europea (esigenza di introdurre una nozione di crimine organizzato capace di ricomprendere l'associazione di stampo mafioso e di valorizzarne la "vocazione imprenditoriale").

Focus sulla legislazione europea in materia di confisca (prospettive del mutuo riconoscimento della confisca senza condanna, riflessione a livello europeo sull'adozione di strumenti alternativi alla confisca, armonizzazione della disciplina della gestione dei beni sequestrati).

Implementazione recenti strumenti europei di lotta al crimine organizzato, già nella fase delle indagini e soprattutto in relazione alle garanzie procedurali irrinunciabili.

Analisi applicazione del mandato di arresto europeo. Ruolo di Eurojust e sue prospettive nella concreta prassi operativa (nonché sul coordinamento di tale organo con la futura procura europea), in considerazione del ruolo chiave che dovrebbe assumere nel coordinamento delle indagini e dei procedimenti penali tra le autorità competenti degli Stati membri.

Analisi progetto di regolamento della procura europea tra limitatezza attuale e prospettive future (indagini in materia di frodi agli interessi finanziari come grimaldello per più complesse indagini su organizzazioni criminali).

DESCRIZIONE OBIETTIVI parte generale.

1. elaborazione nozione di crimine organizzato per futura direttiva
2. proposta di riforme in tema di confisca penale e confisca di prevenzione
3. proposta di riforme, nella legislazione sia europea sia interna, sul ruolo e poteri di eurojust
4. idem su ruolo e poteri di europol
5. strategia sulla trattativa in relazione al regolamento EPPO e proposte su un futuro possibile codice di procedura penale europeo
6. proposte per la valorizzazione della rete giudiziaria europea
7. proposte in materia di MAE
7. proposta riforme legislative in materia di squadre investigative comuni
8. proposte sulla tutela dei diritti della difesa

PARTE SPECIALE

- n. 1 criminalità organizzata e criminalità informatica (“cyber – organised crime”)
- n. 2 traffico di organi e criminalità organizzata
- n. 3 best practices e proposte nella lotta alla tratta
- n. 4 art. 603 bis c.p. intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro
- n. 5 il reato di clandestinità
- n. 6 mafie e corruzione
- n. 7 la strategia comune contro la criminalità organizzata e il terrorismo nella recente legislazione europea

ANALISI E PROPOSTE

RELAZIONE MAFIE E EUROPA.

SOMMARIO:

- L'ARMONIZZAZIONE IN MATERIA DI CRIMINALITA' ORGANIZZATA.
- LA CONFISCA COME STRATEGIA NELLA LOTTA CONTRO IL CRIMINE ORGANIZZATO.
- EUROJUST EUROPOL
- PUBBLICO MINISTERO EUROPEO RETE GIUDIZIARIA EUROPEA MAE
- ORDINE EUROPEO DI INDAGINE PENALE SQUADRE INVESTIGATIVE COMUNI REATI SCOPO

L'ARMONIZZAZIONE IN MATERIA DI CRIMINALITA' ORGANIZZATA.

In questa sezione sono state inserite le premesse, - lo stato dell'arte -, necessario per comprendere le successive proposte.

L'ARMONIZZAZIONE IN MATERIA DI CRIMINALITA' ORGANIZZATA.

Dalle audizioni svolte è emersa nella prassi l'espansione della "mafia" (soprattutto nella forma della "ndrangheta, vedi l'audizione di Paci) in Europa e in altri paesi terzi (la ndrangheta è fortemente radicata in Canada e in Sud America, - Venezuela, Argentina, Columbia, Perù, Brasile e anche nel Messico -), nonché la difficoltà della cooperazione giudiziaria quando si tratta di far comprendere alle autorità di altri paesi europei e paesi terzi la realtà dell'associazione mafiosa, che non coincide con quella di crimine organizzato.

In altri paesi europei, Spagna, Francia, Olanda, Germania, Romania le autorità possono anche essere consapevoli della presenza di organizzazioni criminali, in particolare operanti nel settore del traffico internazionale di stupefacenti, fenomeno rispetto al quale non si pone nessun problema di cooperazione (Paci); le autorità investigative e giudiziarie in questi paesi, però, hanno difficoltà a comprendere la "mafia" (o, perlomeno, hanno difficoltà a cooperare in mancanza di corrispondenti fattispecie) e cioè, come precisa il procuratore Prestipino, a comprendere questa sotto- categoria, sussumibile in quella della criminalità organizzata ma che ha delle caratteristiche assolutamente peculiari che la distinguono. Non si tratta solo di un'organizzazione più o meno complessa e strutturata, ma comunque di un'organizzazione "che si muovono in modo chiaro, esplicito, vocazionale sul terreno dell'illecito, cioè sul terreno criminale", ma il problema è definire quello che in dottrina è stato definito il genoma, cioè il Metodo mafioso che caratterizza le mafie: l'avvalersi del metodo mafioso nello svolgimento di attività di per sé lecite, attività economiche (attività tipica delle mafie soprattutto fuori dai territori di insediamento, fermo restando che

le mafie svolgono attività criminali in senso stretto). Il vero problema è quello di trovare elementi per definire il METODO MAFIOSO, questo è il vero snodo della questione: l'avvalersi della forza di intimidazione che deriva dalla fama criminale, anche quando, ad esempio, la 'ndrangheta si inserisce nel mercato dei fiori ad Amsterdam (anche se gli altri imprenditori denunciano; l'autorità giudiziaria olandese ha cercato di usare la fattispecie di truffa...). Emerge la difficoltà di comprendere il concetto di "intimidazione ambientale" (Procuratore Zuccaro) ed ottenere, di conseguenza, la cooperazione, laddove manchi l'intimidazione esplicita, quando le altre imprese si fanno da parte senza apparente motivo o sottostanno a condizioni economiche deteriori: tale situazione è sintomatica della spendita del nome dell'associazione (in qualche modo di una sorta di controllo del territorio, imponendo regole non economicamente convenienti in violazione della concorrenza).

Fermo restando che talora emergono difficoltà culturali ad accettare l'incriminazione della stessa fattispecie di associazione a delinquere in mancanza di specifici reati scopo, anche se ormai, come emerge dal Rapporto Militello e dalla relazione della Commissione del 2016 sullo stato di attuazione della decisione quadro del 2008 in tutti gli ordinamenti europei è prevista una fattispecie di associazione a delinquere, tranne che in Danimarca e in Svezia.

Nella prassi, inoltre, emergono enormi difficoltà concrete di cooperazione legate a diverse regole procedurali circa le tecniche di investigazione e, in particolare, le intercettazioni, i pedinamenti (interessante quanto evidenziato da Paci: "Da un lato c'è una difficoltà di carattere giuridico che noi "aggiriamo" utilizzando anche altre ipotesi di reato che coltiviamo in sede di indagine come il traffico di stupefacenti, che è un passepartout che consente di aprire ogni porta, o il riciclaggio, come accaduto in una inchiesta sulle agromafie o frodi al bilancio comunitario in agricoltura (vedi anche audizione Fanara); in questo modo si riesce ad ottenere una copertura giuridica sulle attività di indagine richieste. Questo però non garantisce il risultato, ad esempio le intercettazioni di carattere ambientale negli altri paesi europei presenta delle grandi difficoltà, perché la loro legislazione è improntata ad una concezione particolarmente rigorosa della tutela della privacy; le ambientali più tradizionali, in macchina o a casa, ad esempio in Olanda ma anche in Germania, un po' meno in Spagna, presentano la difficoltà dovuta al fatto che l'intercettazione non può essere utilizzata, o attuata, o proseguita nel momento in cui i colloquianti non parlano più di questioni che riguardano il reato o le indagini, ma di questioni personali. In quest'ipotesi in Italia è prevista l'inutilizzabilità della parte delle intercettazioni non rilevante, mentre in altri ordinamenti occorre sospendere le attività di intercettazione e riprenderla in un momento in cui, con una presunzione legislativa o giurisprudenziale, è presumibile e ragionevole ritenere che gli interlocutori non parlino più di questioni personali; ...alla fine "queste intercettazioni sono completamente incomprensibili". "Vi sono altre situazioni che rasentano la trama di un film comico ad esempio se in una macchina c'è un'intercettazione autorizzata e sale una persona che non è stata preventivamente identificata, quella intercettazione non si può captare perché non si sa chi è l'altra persona, sempre perché per questa legislazione è necessario identificare preventivamente gli interlocutori. Se poi siamo in presenza di un soggetto scaltro che cambia periodicamente le targhe dell'autovettura, qualora l'intercettazione sia stata disposta su una vettura con una certa targa che poi viene cambiata,

- questo avviene soprattutto in Germania -, bisogna richiedere un nuovo decreto e la precedente intercettazione non si può più proseguire o utilizzare” (Paci, si veda anche Cieri). Per non parlare poi delle intercettazioni con i BlackBerry che sono apparecchi telefonici che per le loro caratteristiche di software e di hardware sono particolarmente impermeabile all'indagine e vengono utilizzati dai narcotrafficienti; sono intercettabili in paesi come il Venezuela, la Columbia, il Perù, l'Argentina, il Brasile e talvolta anche il Messico, mentre non lo sono in Europa perché non c'è la professionalità adeguata anche da parte della polizia giudiziaria per operare su questo tipo di dispositivi. Per non parlare dei trojan, strumento sub iudice; solo di recente la Cassazione ne ha permesso l'utilizzabilità con una serie di limiti in quanto si tratta di uno strumento estremamente invasivo, sebbene ben utilizzato possa essere di grande aiuto per le indagini sul narcotraffico. ... ▪ In molti paesi dell'Europa e dell'America latina la polizia giudiziaria ha anche dei limiti di orario di lavoro per cui è anche capitato che nel pieno delle attività di indagine, gli agenti hanno cortesemente sospeso il servizio ...anche se in quel momento c'è un una esigenza concreta di proseguire. In Olanda la polizia giudiziaria non può procedere a un sequestro di propria iniziativa”).

Legislazione Europea. Come emerge dalla relazione Militello (in rapporti ufficiali), l'Unione Europea ha sin dagli anni novanta considerato il tema della criminalità organizzata una delle direttrici prioritarie del proprio intervento nel campo della giustizia penale. Nella perdurante mancanza di una diretta competenza penale dell'Unione Europea, essa ha adottato l'idea guida di armonizzare i diversi sistemi giuridici degli Stati membri per contrastare adeguatamente l'azione criminale delle organizzazioni meglio attrezzate a sfruttare a fini illeciti il generale processo di globalizzazione. In proposito, l'intervento dell'Unione Europea si è sviluppato in sinergia con quello adottato in materia dalle Nazioni Unite, sebbene abbia assunto alcuni caratteri propri, tanto rispetto ad una crescente capacità di condizionare le scelte nazionali in materia, quanto per la pluralità di strumenti di armonizzazione messi in campo, anche in relazione alle modifiche istituzionali nel frattempo intervenute nel diritto primario UE.

L'impegno a livello globale è infatti incentrato sulla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale (convenzione UNTOC), adottata con la risoluzione dell'Assemblea generale 55/25 del 15 novembre 2000 a Palermo, che è divenuta il principale strumento internazionale nella lotta contro la criminalità organizzata transnazionale: pur ricorrendo ad una fonte tradizionale di cooperazione internazionale, essa rappresenta il primo strumento globale di contrasto in materia, che ha incontrato una adesione massiccia degli stati (ad oggi oltre tre quarti dei membri ONU, ad aprile 2013, la convenzione è stata ratificata da 175 Stati.). L'Unione europea (già Comunità europea) ha partecipato ai negoziati sulla convenzione, l'ha firmata e vi ha aderito. Le prime misure, invece, volte a rendere penalmente perseguibili i reati connessi a un'organizzazione criminale sono state adottate nell'Unione europea nel 1998 con l'adozione dell'azione comune 98/733/GAI relativa alla punibilità della partecipazione a un'organizzazione criminale negli Stati membri dell'Unione europea. Lo strumento, adottato dal Consiglio in base all'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea, ha introdotto nel diritto internazionale una definizione di criminalità organizzata. Il 19 gennaio 2005 la Commissione ha presentato una proposta di decisione

quadro relativa alla lotta contro la criminalità organizzata, il cui obiettivo consisteva nel mettere a frutto i risultati dell'azione congiunta 98/733/GAI e della convenzione UNTOC, garantendo una maggiore coerenza nel ravvicinamento delle legislazioni, al fine di affrontare la criminalità organizzata con maggiore efficacia a livello dell'UE. L'esito dei negoziati è stato meno ambizioso rispetto alla proposta iniziale. La Commissione, sostenuta dalla Francia e dall'Italia, ha deciso di formulare una dichiarazione, che metteva in questione il valore aggiunto dello strumento in termini di raggiungimento del livello minimo necessario di ravvicinamento. La decisione quadro 2008/841/GAI del 24 ottobre 2008 (contributo Sicurella), relativa alla lotta contro la criminalità organizzata, contiene l'unica definizione vigente di "organizzazione criminale" a livello europeo. Ad essa deve farsi riferimento quando la normativa derivata: (i) rinvia espressamente alla Decisione Quadro del 2008 o all'Azione Comune 1998; (ii) si riferisce alla nozione di "criminalità organizzata" senza però specificarne la fonte. Lo stesso può dirsi del richiamo fatto dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea all'art. 83.1 co. 2.

Tuttavia, quando la nozione di criminalità organizzata è richiamata in termini generali – ad esempio nella parte programmatica iniziale o tramite ampi riferimenti a situazioni ricollegabili alla criminalità organizzata, più che ad un suo profilo specifico – non sembra che le rispettive interpretazioni debbano essere necessariamente condotte entro i confini della definizione di organizzazione criminale delineata dalla Decisione Quadro del 2008.

L'organizzazione è definita come un "gruppo strutturato" composto da almeno tre membri. Si richiede che esso sia "stabilito da tempo", ossia un periodo sufficiente a ritenere idonea la struttura del gruppo rispetto alla realizzazione del suo programma criminoso. Per un verso, si nega rilevanza al gruppo "casualmente formato per la commissione immediata di un reato"; d'altra parte però si specifica che "non è necessario che il gruppo abbia ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità dei partecipanti o una struttura sviluppata" (art. 1 n.2 DQ 2008).

Si richiede la commissione di reati punibili con una sanzione detentiva massima non inferiore a 4 anni (art. 1 n.1 DQ);

finalità: ricavare dai reati programmati, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale (art. 1 n.1 DQ). Si è così eliminato il fine di ottenere profitti materiali o influenzare indebitamente l'operato delle pubbliche autorità, previsto dalla precedente formulazione dell'Azione Comune (1998). Comunque, nel considerando n. 4 della Decisione Quadro si afferma la volontà di non "pregiudicare la libertà degli Stati membri di classificare altri gruppi di persone come organizzazioni criminali, per esempio gruppi con una finalità diversa da quella di ottenere un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale".

L'elemento della violenza/intimidazione quale strumento per il conseguimento del vantaggio finanziario/materiale non appare decisivo. Esso può in via contingente connotare l'agire del gruppo ma non è un elemento essenziale della fattispecie.

L'organizzazione dovrà agire "in modo concertato". Si richiede la confluenza di una pluralità di apporti individuali rispetto alla realizzazione complessiva del programma criminoso. Il requisito non è solo di tipo oggettivo, ma ha un necessario risvolto soggettivo a livello individuale, in quanto occorre, nel singolo componente del gruppo criminale, una consapevolezza e una volontà di inserirsi con la propria condotta in una realizzazione collettiva. Tale consapevolezza, comunque, va graduata in relazione alle dimensioni e alla composizione del gruppo.

Le condotte individuali di partecipazione incriminabili sono:

- la partecipazione "attiva" (la norma esemplifica le attività configurabili come tali) e "intenzionale" (consapevolezza del programma criminoso collettivo integrata da quella relativa all'apporto individuale alla sua realizzazione) all'organizzazione criminale (art. 2 lett. a DQ);
- l'accordo fra 2 o più persone per commettere un reato grave, anche senza fatti esteriori penalmente rilevanti (art. 2 lett. b DQ), che può realizzarsi al di fuori di una struttura associativa (conspiracy).
- Anche l'art. 5 della Convenzione ONU di Palermo del 2000 considera reato tanto la partecipazione, quanto la conspiracy, figura tipica degli ordinamenti di common law.

La decisione quadro stabilisce, inoltre, il livello massimo di pena detentiva (art. 3 co. 1 lett. a e b DQ);

l'istituto della collaborazione (Art. 4 DQ);

la responsabilità delle persone giuridiche (Art. 56 DQ).

(Contributo Balsamo) L'approccio "minimalista" della decisione quadro, sicuramente mosso dalla considerazione delle differenti tradizioni normative in materia di reato associativo presenti negli Stati membri, ha formato oggetto di incisive critiche da parte della dottrina. Si è segnalato, anzitutto, come la suddetta definizione contenga una descrizione estremamente limitata delle caratteristiche tipiche della criminalità organizzata, anche sotto il profilo del *modus operandi* (mancando ogni riferimento ad elementi come l'intimidazione e la violenza, ed essendo indicato in termini molto sfuggenti il requisito della potenziale durata del gruppo). Di conseguenza la definizione de qua rischia di entrare in tensione con i principi di legalità e di proporzionalità, assume una ridotta capacità selettiva rispetto alle diverse conformazioni criminali organizzate, è suscettibile di riferirsi a gruppi che non costituiscono una minaccia significativa per i beni giuridici penalmente tutelati, e presenta una "estremità inferiore" assai vicina alla figura del concorso di persone. Ulteriori problemi sono generati dalla scelta di procedere ad una selezione solo "quantitativa" dei

“reati scopo” dell’organizzazione criminale, senza tenere conto delle notevoli differenze riscontrabili tra le politiche sanzionatorie dei diversi Stati membri. Tale scelta, infatti, determina un ulteriore ampliamento del campo di applicazione del concetto di organizzazione criminale. Un’alternativa avrebbe potuto essere rappresentata dalla previsione di un elenco di reati riconosciuti come tipici della criminalità organizzata.

Come emerge dalla RELAZIONE del luglio del 2016 della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, sullo stato di attuazione della decisione quadro 2008/841/GAI la maggior parte degli Stati membri ha definito reati autonomi relativi alla partecipazione ad un’organizzazione criminale conformemente all’articolo 2, mentre due Stati membri Svezia e Danimarca non hanno adottato una specifica fattispecie. Tutti gli Stati membri che contemplano un reato autonomo prevedono la partecipazione a un’organizzazione criminale (articolo 2, lettera a)), mentre solo alcuni considerano anche il reato di conspiracy (articolo 2, lettera b)). Nessuno Stato membro ha scelto di considerare reato solo la conspiracy (articolo 2, lettera b)).

Molti Stati membri sono andati oltre i requisiti minimi.

1) Alcuni hanno ampliato la portata delle disposizioni nazionali senza fare riferimento a tutti gli elementi della definizione di criminalità organizzata, ad esempio evitando di introdurre il criterio del perseguimento del vantaggio o la sfera dei reati presupposto. Pertanto, in questi casi il sistema giuridico nazionale si applica a una più ampia gamma di reati, ad esempio anche a quelli che non sono necessariamente commessi per uno specifico vantaggio (o laddove il vantaggio non debba essere dimostrato) o ai casi in cui la sfera dei reati è estesa oltre i reati gravi.

2) Oltre ai reati previsti dall’articolo 2, molti Stati membri prevedono misure che non rientrano assolutamente nella decisione quadro, ad esempio, reati paralleli relativi a tipi specifici di gruppo organizzati, definiti per obiettivo o *modus operandi*.

3) Un altro esempio di norme nazionali che travalicano la decisione quadro è rappresentato dai livelli base di pene, superiori a quanto previsto dalla decisione quadro e, in alcuni casi, accresciute ulteriormente in base, ad esempio, allo specifico ruolo o comportamento in seno all’organizzazione. È altresì opportuno osservare che le disposizioni facoltative, quali le circostanze attenuanti o le pene per le persone giuridiche, sono state ampiamente recepite.

Vi sono diverse questioni che richiederebbero ulteriori chiarimenti per la corretta attuazione della decisione quadro, riguardanti in particolare l’ambito di applicazione potenzialmente limitato della definizione di organizzazione criminale e il corretto recepimento dell’articolo 5 sulla responsabilità delle persone giuridiche. Dal 1° dicembre 2014 la decisione quadro non è applicabile al Regno Unito, che, in virtù dell’articolo 10, par. 4, del protocollo n. 36 allegato ai trattati, ha esercitato il diritto di scegliere di non aderire a questo strumento giuridico, benché il paese – prima della Brexit -, abbia emanato e notificato alla Commissione una legislazione nazionale in materia (Section 45 del Serious Crime Act 2015: “*offence of participating in activities of organised crime group*”). Poiché la decisione quadro è stata adottata prima dell’entrata in vigore del trattato di Lisbona, la Danimarca ne è vincolata a norma dell’articolo 2 del protocollo n. 22 sulla posizione della Danimarca.

In materia si registra ancora la necessità di superare la duplice tipologia di incriminazione organizzativa/cospirativo del gruppo criminale, ma il testo finale dei lavori della Commissione speciale del Parlamento europeo sul crimine organizzato, la corruzione e il riciclaggio di denaro istituita nel 2011, nonostante l'esplicito mandato in tale direzione, non è stata capace di esplicitare la esigenza di comporre tale divaricazione, salvo sottolineare l'esigenza di introdurre una nozione di crimine organizzato capace di ricomprendere l'associazione di stampo mafioso e, come si richiede al punto n. 6 del testo, di valorizzarne la "vocazione imprenditoriale"¹.

In materia è, inoltre, particolarmente significativa la risoluzione sulla criminalità organizzata nell'Unione Europea, adottata dal Parlamento europeo il 25 ottobre 2011, proprio alla luce dell'insufficienza della decisione quadro del 2008, ha chiesto alla Commissione di presentare «una proposta di direttiva che contenga una definizione di criminalità organizzata più concreta e che individui meglio le caratteristiche essenziali del fenomeno, in particolare focalizzando l'attenzione sulla nozione chiave di organizzazione e altresì tenendo conto dei nuovi tipi di criminalità organizzata» ed identifichi una serie di reati tipici per i quali, indipendentemente dalla pena massima prevista negli ordinamenti degli Stati membri, sia configurabile la fattispecie associativa (punto 7).

In tale risoluzione, approvata con larghissima maggioranza, si condensano interessanti linee guida in materia.

Innanzitutto, si profila la necessità di una diffusa sensibilizzazione dell'opinione pubblica verso questa tipologia di fenomeni; si evidenzia la trattazione autonoma della criminalità organizzata rispetto al terrorismo; si suggerisce l'incriminazione della partecipazione a un'organizzazione criminale e la previsione di un delitto di associazione di stampo mafioso, con precipua attenzione anche ai reati nel settore ambientale. Da questo punto di vista il Parlamento ha chiesto alla Commissione di valutare l'abolizione dell'attuale doppio approccio (che criminalizza sia la partecipazione sia la cospirazione). L'indicazione del Parlamento europeo tenta di superare l'inconciliabilità della previsione della conspiracy con gli ordinamenti di civil law, dato l'alto tasso di indeterminatezza della medesima, spesso utilizzata come strumento di anticipazione della tutela in reati plurisoggettivi o di aggravamento della responsabilità per delitti consumati in contesti organizzati.

Il Parlamento europeo sul punto sembra dunque volere privilegiare una soluzione ispirata al principio di legalità-determinatezza delle fattispecie penali, sfruttando massimamente il background offerto dalla previsione delittuosa dell'associazione a delinquere di tipo mafioso contenuta nell'art. 416-bis c.p. italiano. Sono infatti riproposti i connotati della «forza di intimidazione» e della capacità della associazione di incidere sul sistema economico, amministrativo, elettorale e dei servizi pubblici (punto 14). Centrale è l'esigenza del contrasto al fenomeno attraverso strategie di tipo orizzontale che interrompano i nessi fra criminalità organizzata e corruzione con peculiare riferimento alle

¹ " e il dato che questi gruppi "sono altamente organizzati, dispongono di tecnologie sofisticate e spesso ricorrono all'intimidazione e al ricatto".

responsabilità delle classi dirigenti nel consolidamento del fenomeno (punti 5 e 33). L'attenzione al versante economico deriva dalla consapevolezza criminologica della diffusione capillare nel contesto europeo (22) degli interessi mafiosi tanto da imporre per il futuro regolamentazioni mirate ad impedire che imprese legate alla criminalità organizzata o alle "mafie" partecipino a pubbliche gare o appalti. L'atteggiamento repressivo nei confronti degli autori è compendiato dall'atteggiamento "comprensivo" verso le "vittime" emergente dal sostegno finanziario per il prosieguo dell'attività imprenditoriale degli "estorti" (punto 43), ma anche dal favor mostrato verso i testimoni e i collaboratori di giustizia, informatori e verso le loro famiglie riconoscendo uno status giuridico transnazionale europeo alla loro condizione di "debolezza", anche con la creazione di un fondo europeo. Sulla stessa linea si colloca l'invito – rivolto dal Parlamento europeo alla Commissione con la risoluzione del 23 ottobre 2013 sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro – a presentare una proposta legislativa che stabilisca una definizione comune di criminalità organizzata, formulata in modo da ricomprendere sia il reato di partecipazione ad un'organizzazione criminale transnazionale, sia quello di partecipazione ad un'organizzazione di stampo mafioso. Nella medesima direzione la Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2016 sulla lotta contro la corruzione e il seguito dato alla risoluzione della commissione CRIM (2015/2110(INI)) che invita la Commissione a precisare la definizione del reato di appartenenza a un'organizzazione o associazione criminale, la quale può essere configurata come un gruppo strutturato, esistente per un periodo di tempo, composto da due o più persone che agiscono di concerto al fine di ottenere in modo illegale, direttamente o indirettamente, ogni forma di utilità finanziaria e/o materiale, e che pregiudica seriamente la coesione economica e sociale dell'UE e dei suoi Stati membri; e richiede alla Commissione "b) una nuova proposta legislativa su un particolare tipo di organizzazione criminale i cui membri approfittano della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere reati, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, concessioni, autorizzazioni, appalti e servizi pubblici, ovvero per trarre profitto o vantaggi illeciti per sé o per altri".

Nonostante queste sollecitazioni del Parlamento si evidenzia per contro (Spiezia; si vedano anche i contributi di Alfano e Calleri tra i materiali dei componenti del Tavolo) che "l'associazione criminale di tipo mafioso non è entrata ancora tra le priorità dell'Unione Europea e questo è un po' un controsenso. Da un lato, cioè, affermiamo che la 'ndrangheta è la terza organizzazione criminale più potente sul piano mondiale per la propria capacità di controllo del traffico internazionale di stupefacenti, specialmente della cocaina, e dall'altro, nell'ultimo documento di analisi di Europol - il SOCTA, Serious and Organised Crime Threat Assessment (SOCTA) 2017, non vediamo neppure una parola riferita alla 'ndrangheta, ma vediamo che tra le priorità segnalate da Europol, che condizioneranno la individuazione delle priorità che verranno stabilite dal Consiglio per il prossimo quadriennio 2018-2021, vengono per esempio individuate le organizzazioni dedite a organised property crimes, cioè che sono dedite alla commissione di rapine, furti. La ragione di ciò è dovuta al fatto che i nostri canali terminali di Europol non ricevono le adeguate informazioni da parte delle autorità di polizia nazionali, che quindi non alimentano in maniera adeguata i flussi informativi rispetto all'analisi di Europol".

Anche De Matteis ha evidenziato che in questo momento la Commissione Europea svolge il suo ruolo di legislatore in maniera reattiva e non proattiva rispetto ai temi della giustizia penale in Europa e che, quindi, ha un programma operativo di brevissimo termine e in cui non sono chiare le linee guida. “In questo programma non c’è nulla che riguardi la criminalità organizzata, non vedo come probabile un’iniziativa in questo senso nel futuro immediatamente prevedibile...”, nonostante le chiare sollecitazioni – sopra ricordate – del Parlamento europeo. “Purtroppo, mancando un luogo della dialettica tra le istituzioni dal punto di vista delle linee programmatiche, queste sollecitazioni rischiano di rimanere lettera morta, perché non vi è una reale stanza dove gli input politici del Parlamento Europeo possono essere verificati quanto al loro seguito da parte delle istituzioni che dovrebbero farlo, in primis la Commissione Europea”.

Un ultimo profilo merita di essere evidenziato, laddove si discute della creazione di un modello di mafia imprenditoriale da adottare a livello europeo, e cioè come anche in Italia (contributo Sicurella) si registri una tendenza espansiva, ad avviso di qualche autore difficilmente compatibile con il principio di tassatività, nella stessa applicazione dell’art. 416 bis non tanto alle mafie tradizionali operanti con le stesse modalità ma in territori nuovi, ma piuttosto, - come emerge emblematicamente nella vicenda giudiziaria di “Mafia Capitale” , a un sodalizio non connotato dai tratti più tradizionali della criminalità mafiosa, ma piuttosto essenzialmente dedito a pratiche corruttive e all’infiltrazione nel sistema degli appalti pubblici, partecipato da una moltitudine di pubblici funzionari e imprenditori e da pochi “classici” criminali violenti : soggetti che non appartengono alla tipologia del mafioso tradizionale (quello che si muove in fasce devianti, in subculture che indirizzano al malaffare condotto con mezzi violenti) ma che fanno parte invece di quella che viene spesso definita, anche in giurisprudenza, con l’espressione, priva di velleità sociologiche ma certamente evocativa, di “borghesia mafiosa”; la “classe” di coloro che non disdegnano, per convenienza e opportunismo, il contatto con quei soggetti “diversi”. L’incrementata presenza di "colletti bianchi" nell'area della criminalità mafiosa, si accompagna sempre più frequentemente a una modifica delle modalità tipiche dell’agire dell’associazione, modalità che non appaiono immediatamente riconducibili al “metodo mafioso” nella sua accezione più rigorosa facente leva sullo “sfruttamento” da parte degli appartenenti all’associazione della “fama criminale” già acquisita dalla stessa in ragione di un passato in cui essa ha impiegato azioni violente per conseguire i propri scopi; cosicché i sodali possono adesso contare sull’assoggettamento della collettività di riferimento senza dover far ricorso ad alcun atto di intimidazione concreta.

LA CONFISCA COME STRATEGIA NELLA LOTTA CONTRO IL CRIMINE ORGANIZZATO e il suo MUTUO RICONOSCIMENTO

2) La confisca come strategia nella lotta contro il crimine organizzato.

In materia di confisca la Direttiva 2014/42/UE che, come sancito nell’art. 14, sostituisce l’azione comune 98/699/GAI e parzialmente le decisioni quadro 2001/500 e 2005/212, da recepire entro l’ottobre 2016 (in Italia è stato emanato il d.lgs. n. 202/2016 in attuazione

della direttiva) prevede norme minime al fine di realizzare l'armonizzazione in materia attraverso l'introduzione di strumenti di confisca diretta e di valore (art. 4), nei confronti dei terzi (art. 6), di confisca estesa (in base ad uno standard della prova "civilistico rinforzato" ex art. 5 e considerando n. 21), mentre prevede la confisca senza condanna solo in caso di fuga e malattia quando, comunque, un procedimento in personam sia stato iniziato "e detto procedimento avrebbe potuto concludersi con una condanna penale se l'indagato o imputato avesse potuto essere processato". Lo scopo ultimo della direttiva, – che si fonda, infatti, sull'art. 82, § 2, oltre che sull'art. 83, § 1 -, è quello di perseguire "l'adozione di norme minime" per ravvicinare "i regimi degli Stati membri in materia di congelamento e confisca dei beni, favorendo così la fiducia reciproca e un'efficace cooperazione transfrontaliera" (considerando n. 5): attraverso l'armonizzazione si dovrebbe promuovere il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di confisca, disciplinato dalla decisione quadro n. 783/2006.

La direttiva è stata recepita da ben 19 paesi, estendendo l'ambito di applicazione della confisca obbligatoria del profitto e degli strumenti del reato, anche alla luce dell'ampia nozione di profitto prevista dalla Direttiva (come avvenuto nell'ordinamento austriaco che ha esteso la confisca ex § 19 a StGB anche ai surrogati) o con forme di confisca allargata (già peraltro introdotte in diversi ordinamenti, come il decomiso ampliado spagnolo ex art. 127 bis CP, introdotto dalla Ley organica 5/2010, l'art. 12 sexies d.l. 306/92 nell'ordinamento italiano o l'Erweiterter Verfall tedesco § 73d StGB); oppure, come ad esempio, è avvenuto in Francia estendendo l'ambito di applicazione di forme di confisca generale di beni, pur non espressamente prevista dalla Direttiva, ma conosciuta in questo ordinamento nell'ambito della lotta a gravi fenomeni criminali come, da ultimo il traffico di armi (Article 222-66 introdotto dall'art. 26 della LOI n°2016-731 du 3 juin 2016); o introducendo anche la confisca senza condanna, perlomeno nell'ipotesi di fuga e malattia, come avvenuto nell'ordinamento austriaco (§ 445) o al di là delle ipotesi previste nella direttiva, come nel caso di morte del reo o di estinzione o mancanza di responsabilità come avvenuto nell'ordinamento spagnolo (el decomiso sin sentencia, art. 127 ter CP, Ley organica 1/2015, si veda il contributo di T. Aguado, Decomiso. Incorporación de la Directiva 2014/42/UE al Derecho Español, in materiale esperti). L'armonizzazione dovrebbe rappresentare il presupposto del mutuo riconoscimento, anche perché diversi Stati membri nel recepire la direttiva non ne hanno limitato l'applicazione ai c.d. Eurocrimes.

Sino ad ora, però, come messo in rilievo dai rapporti, rispettivamente del 2008 e del 2010, sullo stato di attuazione delle precedenti decisioni quadro in materia di mutuo riconoscimento di provvedimenti patrimoniali 2003/577/GIA e 2006/783, dal rapporto "2012 Impact Assessment" 2, che ha accompagnato la proposta di direttiva 2014/42/UE, e da Eurojust (Hague Conference 2014; ERA Seminar on Freezing, Confiscation and Recovery of Assets, May 2016) il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca è uno strumento assolutamente ed evidentemente poco utilizzato (anche se dalle audizioni incominciano ad emergere lentamente casi di confisca o sequestro eseguito all'estero, cfr. Fanara, Ferrara-Spedali, Alfonso, Spiezia). Tanto è vero che il 21 dicembre 2016 è stata pubblicata una Proposta di Regolamento per il mutuo riconoscimento di tutti i tipi di provvedimenti di sequestro e confisca emanati nell'ambito di un procedimento "penale" (criminal proceedings), inclusi i provvedimenti di confisca estesa, di confisca nei confronti

dei terzi e, in particolare, di confisca senza condanna (si veda il contributo Maugeri, La Proposta di Regolamento).

In particolare gli strumenti sinora adottati in materia di mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca sono rappresentati dalla Decisione quadro 2003/577/GAI, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio e la Decisione quadro 2006/783 /GAI (cui è stata data attuazione in Italia con il d.lgs. n. 137/2015). La prima decisione sarà sostituita per quanto riguarda il sequestro probatorio dalla Direttiva 2014/41/UE a decorrere dal 22 maggio 2017. La Decisione quadro 783/2006 consente, invece, il mutuo riconoscimento non solo dei provvedimenti di confisca diretta degli strumenti e dei proventi del reato, ma anche dei provvedimenti di confisca estesa (previsti prima dall'art. 3 della decisione quadro 212/2005, poi sostituito dall'art. 5 della direttiva 42/2014), e ammette, ad avviso di chi scrive, il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca senza condanna (anche emanati in un procedimento civile o amministrativo), pur non prevedendolo come obbligatorio in quanto si consente di opporre il rifiuto (art. 8 n. 2, G) qualora la decisione di confisca "è stata presa in circostanze in cui la confisca del bene è stata ordinata ai sensi delle disposizioni relative ai poteri estesi di confisca di cui all'articolo 2, lettera d), punto iv)" e cioè "confisca ai sensi di altre disposizioni relative ai poteri estesi di confisca previste dalla legislazione dello Stato di emissione"; si ammette, insomma, anche se non viene imposto obbligatoriamente, il mutuo riconoscimento di provvedimenti assunti con gli ulteriori poteri di confisca che potevano essere adottati in virtù della decisione quadro 212/2005, e possono essere adottati ai sensi della direttiva 42/2014 dagli Stati membri rispetto a quelli espressamente previsti dai due strumenti (che impongono "perlomeno" l'adozione dei poteri di confisca estesa espressamente indicati, ma non pregiudicano l'adozione di ulteriori poteri). In Italia, ad esempio, l'art. 6 del d.lgs. 137/2015 consente sostanzialmente il

² Commission Staff Working paper accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council of the freezing and confiscation for proceeds of crime in the European Union, SWD(2012) 31 final

riconoscimento di un provvedimento fondato su tali poteri estesi ma solo a condizioni di reciprocità, prevedendo il rifiuto se manca tale condizione: "i) quando la decisione di confisca, ordinata ai sensi delle disposizioni relative ai poteri estesi di confisca di cui all'articolo 2, lettera d), punto iv), della decisione quadro, provenga da uno Stato di emissione che non preveda, a condizione di reciprocità, il riconoscimento e l'esecuzione della decisione di confisca dell'autorità italiana ordinata anch'essa ai sensi delle disposizioni sui poteri estesi di confisca".

Nella prassi, però, si è affermata un'interpretazione piuttosto ristretta della Decisione quadro 783/2006 in base alla quale essa non consentirebbe il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca contemplati dalla stessa direttiva 42/2014, come emerge dallo

studio di impatto svolto dalla Commissione in preparazione della Proposta in esame (Inception Impact Assessment). Tanto è vero che ai fini della cooperazione in materia si è continuato a ricorrere alla Convenzione di Strasburgo del 1990 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato (o ad accordi bilaterali), che consente la cooperazione anche in relazione a provvedimenti di confisca senza condanna come precisato nel Rapporto esplicativo, purché il procedimento sia condotto dall'autorità giudiziaria e abbia natura penale, nel senso di riguardare strumenti o proventi di reato; la Convenzione consente di applicare all'estero un provvedimento di confisca di prevenzione ex art. 24 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, come è avvenuto e avviene nella prassi (si veda relazione Spiezia, Ferrara-Spedale, Fanara, Cieri). Ai sensi dell'art. 39 questo Regolamento dovrebbe sostituire la decisione quadro 2003/577 e 2006/783 per gli Stati membri che sono ad esso vincolati. Particolare attenzione è posta nella Proposta di Regolamento ad esigenze di semplificazione della procedura e delle certificazioni richieste, proprio perché nella prassi gli operatori lamentano la complessità delle certificazioni richieste dalle decisioni quadro in vigore. L'utilizzo di un regolamento direttamente applicabile negli Stati membri ex art. 288 TFUE rappresenta una scelta ispirata a esigenze di apprezzabile efficienza rappresentando l'unico strumento che, sottratto all'alea del recepimento da parte degli Stati membri, comporta un'immediata e uniforme applicazione (la base legale è l'art. 82(1) TFUE. Qualche perplessità sorge circa il fatto che si finisce così per attribuire una diretta competenza in materia di procedura penale al legislatore europeo, anche se solo ai fini della cooperazione verticale; una scelta che assume un forte valore politico se si considera l'impatto in termini di politica criminale del Regolamento in esame e l'effetto di trascinarsi del mutuo riconoscimento sulle questioni sostanziali). Il Regolamento dovrebbe coprire tutti i reati, diversamente, si afferma espressamente nel considerando n. 14, dalla Direttiva 42/2014 che fa riferimento solo ai crimini gravi transnazionali, i c.d. 'Eurocrimes' (i dieci gravi crimini indicati nell'art. 83, c. 1) in quanto basata sull'art. 83 TFUE (anche se la Direttiva si fonda anche sull'art. 82,

§ 2, oltre che sull'art. 83, § 1 e l'art. 3, estende la definizione di reato all'illecito penale previsto "da altri strumenti giuridici se questi ultimi prevedono specificamente che la presente direttiva si applichi ai reati in essi armonizzati"). Ai sensi dell'art. 1 il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca si impone in relazione a tutti i provvedimenti assunti nell'ambito di un procedimento penale ("within the framework of criminal proceedings"); si fa riferimento ai provvedimenti di confisca senza condanna che possono essere emanati in un procedimento penale al di là dei limiti previsti dalla direttiva 2014/42/UE (ipotesi di fuga e di malattia), e cioè, come precisato nell'Explanatory Memorandum, in seguito alla morte del proprietario, in caso di immunità, prescrizione, e nei casi in cui l'autore del reato non può essere identificato o qualora la corte penale può confiscare dei beni in assenza di condanna quando la corte è convinta che tali beni siano provento di crimini. Si cita come esempio il progetto di legge tedesco volto a dare attuazione alla direttiva 2014/42/EU, che prevede la confisca c.d. "autonoma" che consente di confiscare un bene in assenza di condanna, se, in base a tutte le circostanze del caso, la Corte è convinta che il bene sia provento del crimine e la persona destinataria del provvedimento di confisca non può essere perseguita o condannata per quel crimine³. La Corte deve stabilire che si tratti di provento del crimine e in un procedimento in cui si applichino tutte le garanzie

della materia penale previste nello Stato membro, anche se si cita la giurisprudenza della Corte Edu sull'art. 6, giusto processo, che ammette l'uso di presunzioni, purché confutabili in relazione a forme di confisca allargata, e anche la direttiva n. 2016/343, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, che nel considerando n. 22 ammette l'uso di presunzioni. Non si fanno rientrare nell'ambito di applicazione del Regolamento le forme di confisca di carattere civile o amministrativo. In realtà nell'ordinamento tedesco una forma di confisca autonoma, come quella posta alla base del modello di confisca senza condanna auspicato dal Regolamento, è già in parte prevista. Nel progetto di riforma tedesco (Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung BReg418/16) volto a dare attuazione alla Direttiva 42/2014 si prevede un'estensione delle possibilità di applicare autonomamente la confisca, in particolare nel settore del terrorismo e del crimine organizzato, introducendo un meccanismo giuridico che consente di applicare la confisca senza condanna dei patrimoni di sospetta origine criminale, indipendentemente dalla prova di un reato specifico, § 76a, c. 4.

Laddove questo regolamento fosse approvato vi rientrerebbe la confisca diretta ex art. 240 c.p. o altre forme di confisca obbligatoria assunte nell'ambito di un processo penale anche in caso di prescrizione in seguito a condanna in primo grado, come recentemente ammesso dalla sentenza a S.U. Lucci⁴ e vi dovrebbe rientrare la confisca allargata ex art. 12 sexies d.l. 306/92 in conformità all'art. 5 della Direttiva 42/2014. Si porrebbe il problema per l'ordinamento italiano di stabilire se vi rientra la confisca di prevenzione, qualificata come misura di carattere amministrativo da parte delle S.U.⁵ e criticata dalla dottrina per la mancanza di garanzie del procedimento di prevenzione: si applicherebbe “una garanzia giurisdizionale solo “apparente” e la stessa applicazione del principio del contraddittorio, richiesta dalla Corte europea anche in relazione al procedimento di prevenzione in virtù dell'art 6, c. 1, viene violato nell'ipotesi in cui il procedimento di prevenzione non garantisce l'assunzione della prova in contraddittorio (almeno quando essa è ripetibile) e la prova si è già formata in fase istruttoria senza contraddittorio.

La rappresentanza italiana, come evidenziato da De Matteis sollecita un ampliamento dell'ambito di applicazione del regolamento anche in relazione a provvedimenti di confisca senza condanna pronunciati in un procedimento di stampo civilistico o amministrativo, richiamando la nozione di “materia penale” adottata nella direttiva 2011/99 del 13.12.2011 sull'Ordine di Protezione Europeo delle Vittime (per consentire il riconoscimento a ordini di protezione delle vittime di reato assunti da un'autorità giudiziaria non solo penale, ma anche civile o amministrativa).

In relazione alla confisca di prevenzione la concreta possibilità di un organico intervento di riforma del “Codice antimafia” è adesso offerta dal d.d.l. n. 2134, testo unificato che è stato approvato, in prima lettura, dalla Camera in data 11 novembre 2015, con una larga maggioranza (281 voti favorevoli, 66 contrari), ed è adesso in corso di esame davanti al Senato (si veda contributo Balsamo in materiale esperti), di cui nell'ambito delle proposte saranno evidenziati dei profili non condivisi dal Tavolo.

LA SENTENZA DE TOMMASO DELLA CORTE EDU

In materia si deve ricordare, inoltre, che la Grande Camera della Corte Europea dei diritti dell'uomo ha pronunciato la sentenza De Tommaso che rappresenta una svolta fondamentale nella giurisprudenza della Corte, che sino ad ora ha sostanzialmente riconosciuto la conformità ai principi della Cedu della disciplina italiana in materia di misure di prevenzione, tranne che per la mancanza di un'udienza pubblica. Nel caso in questione, riguardante una misura di prevenzione personale, _____

3 Deutscher Bundestag Drucksache 18/9525 18. Wahlperiode 05.09.2016 - Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung.

4 Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 31617, Lucci.

5 Cass., Sez. un., Spinelli, 26 giugno 2014, n. 4880, in Riv. It. Dir. proc. Pen. 2015

sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, nei confronti di un soggetto a pericolosità generica, invece, la Corte afferma la violazione dell'art. 2 del IV Protocollo che garantisce la libertà di circolazione, da parte della normativa italiana, legge no. 1423/1956, art. 1 e ss., - oggi art. 1 del d.lgs. n. 159/2011 -, che prevede l'applicabilità delle misure di prevenzione a soggetti a pericolosità generica, in quanto tale legislazione, anche alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale, pur essendo accessibile, non garantisce la prevedibilità della misura, la cui applicazione è rimessa all'eccessiva discrezionalità giurisprudenziale; in particolare si contesta la non tassatività della normativa nel determinare le categorie dei destinatari (e, in particolare "a) coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi;

b) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose) e lo stesso contenuto della misura di prevenzione personale in quanto alcune delle prescrizioni previste dal comma 3 dell'art 5 della legge n. 1423/1956 sono espresse in termini troppo generici e il loro contenuto è estremamente vago e indeterminato. Questo vale in particolare per le previsioni concernenti gli obblighi di "vivere onestamente, di rispettare le leggi e non dare ragione di sospetti" (formulazione cambiata nel codice antimafia che non contiene più l'ultima ipotesi), nonostante l'intervento della Corte Costituzionale che con la sentenza n. 282/2010 ha negato la violazione del principio di tassatività da parte delle disposizioni in questione (§ 119)6. La Corte, però, rimane ferma nel ritenere che le misure di prevenzione non rientrano nella nozione di materia penale ai sensi degli art. 6 e 7 Cedu.

Nella prassi, in realtà, emerge una giurisprudenza sempre più attenta a garantire il rispetto del principio di legalità per le ipotesi a pericolosità generica, rifiutando mere presunzioni e interpretando rigorosamente la "dedizione a traffici delittuosi" ma rimane un'ampia discrezionalità giudiziaria in materia e anche se la sentenza della Corte Edu De Tommaso attiene alle fattispecie a pericolosità generica, la difficoltà di conciliare con il principio di tassatività l'accertamento della categoria dei destinatari, e quindi la valutazione di pericolosità sociale, si presenta anche in relazione alle fattispecie a pericolosità qualificata, fermo restando che in tale ipotesi il legislatore indica il reato in relazione al quale sviluppare

il giudizio prognostico (si rinvia al contributo Maugeri, sentenza De Tommaso, in materiali componenti del Tavolo).

Tale sentenza riguarda anche le misure patrimoniali, perché anche se quest'ultime possono essere applicate indipendentemente dalle personali e a prescindere dall'attualità della pericolosità sociale in seguito alle riforme del 2008 e del 2009 (d.l. 92/2008 e l. 94/2009), esigono, in ogni caso, l'accertamento della stessa pericolosità sociale, come previsto dal dato normativo (oggi art. 16 d.lgs. N. 159/2011) e ribadito dalla Suprema Corte Cost., 23 luglio 2010, n. 282. Corte7, anche a sezioni Unite (nel caso Spinelli) 8, se non si vuole trasformare la confisca in una sanzione punitiva incostituzionale; in tale direzione anche la Corte Costituzionale (sent. 106/2015). In ogni caso, infatti, la normativa di riferimento, che stabilisce i destinatari a pericolosità generica delle misure di prevenzione personali, è richiamata dalle norme che dispongono le misure patrimoniali (l'art. 19 della l. 22 maggio 1975, n. 152, che richiama l'art. 1 della l. 1423/'56; art. 16 d.lgs. n. 159/2011 che richiama l'art. 4, che richiama l'art. 1). E, allora, la questione si dovrebbe porre dinanzi alla Corte Edu rispetto all'art. 1 del I Protocollo Cedu poiché la restrizione del diritto di proprietà deve essere prevista da una legge che sia non solo accessibile, ma anche dagli effetti prevedibili, mentre la mancanza di tassatività della legislazione in materia nella descrizione delle categorie dei destinatari a pericolosità generica contrasterebbe con tale diritto; fermo restando che la Corte EDU considera compatibile con i principi della CEDU anche forme di actio in rem pura (ad esempio il civil recovery britannico, Butler c. Royaume-Uni, 26 giugno 2002, n° 41661/98). Tale sentenza è stata pronunciata dalla Grande Camera è quindi assume un valore vincolante anche in base all'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 49/2015 circa la necessità che la giurisprudenza della Corte Europea sia espressione di un orientamento consolidato nel denunciare la violazione dei principi Cedu (anche se in base a talune interpretazioni per considerare l'interpretazione vincolante non è sufficiente che sia pronunciata dalla Corte EDU). Intanto la sezione misure di prevenzione della Corte d'appello di Napoli ha sollevato questione di legittimità costituzionale delle norme relative, nella versione precedente all'entrata in vigore del codice antimafia, sospettandone il contrasto con l'art. 117 co. 1 Cost. in relazione a) all'art. 2 prot. 4 Cedu, per ciò che concerne le misure di prevenzione personali, nonché b) all'art. 1 prot. add. Cedu, per ciò che concerne la misura di prevenzione patrimoniale della confisca 9. La sentenza De Tommaso, in conclusione, potrebbe

rappresentare uno stimolo vitale per ripensare le misure di prevenzione personali e patrimoniali, magari insieme al futuro Regolamento sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca.

COOPERAZIONE GIUDIZIARIA E MUTUO RICONOSCIMENTO

3) Cooperazione giudiziaria e mutuo riconoscimento. L'efficace attuazione degli obiettivi enunciati dal Trattato di Lisbona in tema di cooperazione penale poggia sulla grande

novità rappresentata dalla “costituzionalizzazione” del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, le cui prime applicazioni, da un lato, hanno profondamente innovato i tradizionali meccanismi della cooperazione giudiziaria, dall’altro lato hanno determinato, unitamente alla tendenziale giurisdizionalizzazione delle procedure di assistenza e al conseguente incremento dei rapporti diretti tra le autorità giudiziarie di diversi Paesi, evidenti tensioni con le concorrenti esigenze legate al rispetto delle garanzie difensive e dei diritti fondamentali. Osservati in una prospettiva diacronica, Eurojust e la Rete giudiziaria europea, Olaf ed Europol costituiscono i segni più visibili di uno sforzo grandioso messo in atto dalle istituzioni europee sin dal Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999, che ha portato ad ottenere, nel breve volgere di pochi anni, risultati insperati, anche se, purtroppo, ancora insufficienti per fronteggiare le nuove sfide della criminalità organizzata e del terrorismo internazionale. Si è innescato un processo evolutivo, ormai irreversibile, nel senso di una trasformazione dei meccanismi tradizionali della cooperazione tra Stati in una cooperazione fra giurisdizioni, verso una direzione che può definirsi di giustizia transnazionale o addirittura, come da taluni prefigurato, di una progressiva “integrazione tra le giurisdizioni”. Entro questa prospettiva tendono a collocarsi le diverse modalità di intervento dei nuovi organismi sovranazionali, le cui attribuzioni funzionali, pur in assenza di un vero e proprio sistema processuale penale europeo, paiono sostanzialmente assimilabili a quelle esercitate dagli organi investigativi degli Stati membri, che essi a loro volta tendono ad agevolare e a supportare quando l’oggetto dell’indagine assume una valenza transnazionale (contributo De Amicis).

In generale, però, emerge in materia, come evidenziato da Selvaggi, il RITARDO con cui viene recepita e attuata la normativa sovranazionale, al punto da determinare dei cortocircuiti normativi che renderanno particolarmente complesso il lavoro dell’interprete (Selvaggi: “A livello UE era stata approvata la Convenzione di mutua assistenza di Bruxelles 2000-MAP, su proposta avanzata dall’Italia sotto la sua presidenza nel 1996; le previsioni della MAP sono destinate a cadere una volta entrato in vigore l’Ordine Europeo di Investigazione-OEI -data prevista nella direttiva: 22.5.2017 -. Con legge 21.7.2016, n. 149 è stata disposta la ratifica della MAP; insieme è stata data delega al governo per le modifiche

7 Cass. 18 gennaio 2012, n. 10153, Rv. 254545; Cass., sez. V, 13 novembre 2012, n. 14044, Occhipinti, Rv. 255043; Cass., sez. I, 17 maggio 2013, n. 39204 (dep. 23 settembre), Ferrara e altri, inedita; precedentemente Cass., 20 gennaio 2010, n. 11006, Cannone, Rv. 246682; Cass., 26 maggio 2009, n. 26751; Cass., 28 febbraio 1995, n. 775, *ivi*.

8 Cass. Sez. Un., 26 giugno 2014, Spinelli, n. 4880 in Riv. It. Dir. proc. Pen. 2015, 922.

9 Corte App. Napoli, VIII Sez. mis. prev., ord. 14 marzo 2017, in Dir. pen. cont. 31 marzo 2017.

al libro XI del cpp. Inoltre, con separato esercizio di delega verrà a brevissimo data attuazione alla direttiva sull'OEI. Ebbene, la direttiva OEI prevede che la MAP cessi con l'entrata in vigore di OEI, fatta eccezione per gli aspetti non regolati da quest'ultima; tra questi vi sono le Squadre Investigative Comuni-SIC, che, quindi, resterebbero regolate da MAP. Tuttavia le SIC risultano regolate dalla DQ n. 465/2002 (NB: appena dopo Bruxelles 2000) con previsione che cesseranno (nella regolamentazione della DQ) non appena la MAP entrerà in vigore per tutti gli Stati membri. Quadro ragionevole e sistema ineccepibile...senonchè da una parte l'Italia ha ratificato la MAP con 16 anni di ritardo e nel frattempo (con quasi pari ritardo) ha dato attuazione alla DQ n. 465/2002 solo con dl.gs n. 34/2016 (!) con la conseguenza che l'interprete farà difficoltà ad orientarsi sulle norme da applicare". Questo intendevo dire (altro utile richiamo ho evocato quando ho fatto riferimento al 2° Protocollo alla Convenzione europea di mutua assistenza del 1959 -peraltro destinata a cadere tra gli SM- UE ma valida con Stati terzi del Consiglio d'Europa (e oltre: aderiscono anche Israele, Repubblica di Korea, Sud Africa e altri)- che riproduce in gran parte la MAP e che quindi contiene quei nuovi strumenti (SIC, operazioni sotto copertura, intercettazioni, videoconferenze ecc.) che potrebbero essere utili nella lotta contro la CO. A quando la ratifica di questo 2° Protocollo (ripeto: firmato dal ministro Severino nel gennaio 2013)?")

EUROJUST

Eurojust. Per comprendere le proposte che saranno avanzate di seguito in relazione ad Eurojust si deve tenere conto del fatto che l'ordinamento italiano nel dare attuazione alla decisione 2002/187/GAI con la l. 14 marzo 2005, n. 41, i cui artt. 5 e 6 delineano rispettivamente i poteri del membro nazionale e del collegio di Eurojust, non ha attribuito i poteri giudiziari al membro nazionale, sebbene l'art. 9, par. 3, della decisione stabilisca che ciascuno Stato membro definisce la natura e la portata dei "poteri giudiziari" che conferisce al proprio membro nazionale sul suo territorio, nonchè il suo diritto di agire nei confronti delle autorità giudiziarie straniere; la legge di recepimento muove invece da presupposti completamente diversi da quelli ora considerati, ossia dall'asserita natura amministrativa e non giudiziaria di Eurojust e dei suoi poteri, tanto che nella relazione illustrativa che accompagnava il disegno di legge governativo poi approvato dal Parlamento si esplicitava l'intenzione di non conferire affatto poteri giudiziari al membro nazionale italiano – sia con riferimento ai poteri esercitabili sul territorio italiano, sia con riferimento a quelli esercitabili nei confronti di autorità giudiziarie straniere - precisandosi in tal senso che il conferimento di poteri al membro nazionale avrebbe dovuto "configurarsi non in termini di obbligatorietà per gli Stati membri, ma piuttosto in termini di esercizio di una facoltà degli stessi,..". Il membro nazionale italiano riveste un mero ruolo amministrativo (sentenza n. 136/2011 della Corte costituzionale) e non giudiziario, diversamente da quanto previsto per i componenti di altri Stati, ad esempio quello svedese; per altro verso, però, è evidente, tuttavia, che l'ambito di operatività delle funzioni contemplate dagli artt. 5 e 6 della l. n. 41/2005 incide direttamente, ed in misura assai significativa, sulle modalità di conduzione, sugli sviluppi procedurali e sugli esiti delle attività giudiziarie interne. Il Dott.re Spiezia ha evidenziato

che la decisione della Corte Costituzionale ha avuto riguardo ad un contesto normativo che oggi è profondamente cambiato, perchè quella sentenza non considerava nè la decisione quadro 426 del 2009, nè le innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona, nè le concrete dinamiche attraverso cui si snoda la funzione di coordinamento che indefettibilmente ha caratteri giudiziario (“basti pensare a quello che noi stiamo facendo, per esempio, in materia di squadre investigative comuni, dove la idea e la necessità di definire una squadra può emergere, come spesso accade, all’esito o nel durante delle riunioni di coordinamento investigativo”). Non solo ma, in base ad una certa lettura, poteri giudiziari ai membri di Eurojust derivano: a) dall’art. 10 del Protocollo della Convenzione relativa all’assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell’Unione europea, adottato il 16 ottobre 2001, il quale stabilisce che le autorità competenti dello Stato membro richiedente possono comunicare all’Eurojust eventuali problemi riscontrati nell’esecuzione di una rogatoria in materia bancaria, al fine di sollecitarne il coordinamento in vista “di una possibile soluzione pratica” ai sensi delle disposizioni previste nello strumento istitutivo di Eurojust; b) dall’art.

16 della decisione quadro sul mandato d’arresto europeo, il quale stabilisce che l’Eurojust deve fornire un parere all’autorità giudiziaria di esecuzione in caso di concorso di richieste provenienti da due o più Stati membri che hanno emesso un mandato d’arresto nei confronti della stessa persona; c) dall’art. 17 della stessa decisione quadro, il quale prevede che l’Eurojust deve essere informato dei motivi del ritardo nell’esecuzione di un mandato d’arresto in uno Stato membro; d) dall’art. 4 della decisione adottata dal Consiglio dell’U.E. il 6 dicembre 2001 in relazione alla protezione dell’euro dalla falsificazione prevede una stretta cooperazione tra le autorità competenti degli Stati membri, la Banca centrale europea, le banche centrali nazionali, l’Europol e l’Eurojust in ordine ai procedimenti inerenti alla falsificazione ed ai reati connessi con la falsificazione dell’euro (contributo De Amicis). Particolarmente rilevanti, inoltre, sono le funzioni legate all’attività di coordinamento delle indagini in materia di terrorismo internazionale, ove si consideri che l’art. 3, par. 2, della decisione 2003/48/GAI e, successivamente, l’art. 2, parr. 2, 3 e 5, della menzionata decisione 2005/671/GAI, prevedono, in via sistematica, la raccolta e la comunicazione a Eurojust di una vasta gamma di informazioni giudiziarie relative ai procedimenti e alle condanne per fatti di terrorismo. Un ruolo da “mediatore privilegiato”, in vista dell’elaborazione di una soluzione condivisa che eviti lo svolgimento di procedimenti penali paralleli, è tratteggiato anche nell’art. 12, par. 2, della decisione quadro 2009/948/GAI, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all’esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali, che in linea con l’art. 85, par. 1, lett. c) del Trattato di Lisbona, prevede il coinvolgimento di Eurojust su base quasi obbligatoria, nelle ipotesi in cui le autorità nazionali interessate, dopo le opportune e reciproche consultazioni, non abbiano raggiunto un accordo sulla concentrazione dei procedimenti presso un’unica autorità giurisdizionale.

Destano, allora, forti perplessità, per le evidenti implicazioni di ordine costituzionale, le ulteriori disposizioni contenute nell’art. 2, commi 2 e 3, della legge

n. 41/2005, inerenti rispettivamente al procedimento di nomina del membro nazionale ed ai correlativi poteri del Ministro della Giustizia.

La dimensione giudiziaria del nuovo organismo e dei suoi poteri collegiali ed individuali avrebbe imposto di riservare la procedura di nomina del membro nazionale, del suo

sostituto e del membro permanente dell'Autorità di controllo comune – secondo le chiare previsioni di cui agli artt. 2, 9 e 23 della decisione – alle competenze deliberative del Consiglio Superiore della Magistratura, che nel sistema costituzionale italiano dovrebbe provvedervi di concerto con il Ministro della Giustizia, sulla base dei consolidati meccanismi descritti dall'art. 11, comma 3, della l. 24 marzo 1958, n. 195, riguardo alla nomina dei dirigenti degli uffici giudiziari. Del tutto diversa, invece, la scelta seguita dalla disposizione normativa di cui all'art. 2 della legge di recepimento, che individua una procedura nella forma del cd. "concerto invertito", in base alla quale spettano al Ministro la scelta e la nomina del magistrato da designare nell'ambito di candidature previamente sottoposte al C.S.M., cui è richiesto di esprimere semplici "valutazioni", dal contenuto non bene specificato nel testo, ma evidentemente non vincolanti nell'esito decisorio e con ogni probabilità inerenti all'esame delle capacità attitudinali e dei profili professionali richiesti per il buon espletamento delle funzioni conferite.

Analoghe perplessità emergono riguardo al potere – non delimitato nei presupposti, nei contenuti e nelle finalità - di direttiva che il Ministro della Giustizia, sia pure per il tramite del Capo del Dipartimento per gli affari di giustizia, eventualmente "indirizza" al membro nazionale per l'esercizio delle sue funzioni, ex art. 2, comma 3, l. n. 41/2005.

L'aver configurato il membro nazionale quale organo amministrativo, inoltre, ne ha comportato inevitabilmente uno "scollamento operativo", poiché, essendo nominato dal Ministero della giustizia, da cui riceve direttive, non può accedere in via diretta ad informazioni di carattere lato sensu giurisdizionale: situazione, questa, che ne sminuisce l'efficacia operativa, ponendolo come "interlocutore debole" dell'autorità giudiziaria interna.

In pratica nel prossimo futuro, "nel momento in cui il destino ed il futuro di Eurojust sarà sganciato da quello del Procuratore Europeo (nonostante il dettato dell'art. 85 TFUE), come emerge dalla proposta di regolamento EPPO, è altamente prevedibile che i destini di Eurojust saranno di nuovo riconnessi a quelli di Europol, quindi, poichè entro l'anno si dovrebbe avere l'entrata in vigore del nuovo regolamento su Europol, questo potrebbe dare una spinta alla procedura circa il regolamento di Eurojust che attualmente sembra essere bloccato in attesa del parere del Parlamento Europeo" (Spiezia).

Dalle audizioni è emersa l'importanza nella prassi operativa di Eurojust e in generale della cooperazione giudiziaria in fase di indagine, al fine di impostare, come afferma Castellani – "un'attività di indagine il più possibile in parallelo nei vari Stati coinvolti perché – l'ho constatato anche per esperienza personale – se lo Stato coinvolto viene interessato, e si attiva una attività di indagine sui medesimi soggetti o su soggetti collegati a quelli in Italia, a quel punto si può impostare una vera e propria indagine coordinata nell'ambito della quale ci si può anche dividere i compiti. Ciò può essere determinante e fondamentale per poter poi acquisire, dopo, mediante rogatoria, gli atti realizzati all'estero....". " Perché, un conto è la cooperazione giudiziaria "statica" o "a intermittenza": ad esempio, se nell'attività di indagine è necessario che si faccia l'identificazione di un soggetto che è alloggiato all'estero (tramite Europol probabilmente quest'attività viene svolta anche abbastanza celermente) poi si tratterà di acquisire formalmente gli esiti delle attività con rogatorie; oppure, qualora sia necessario un singolo atto, lo si richiede all'autorità giudiziaria interessata. Un conto è,

invece, l'attività "dinamica" di cooperazione giudiziaria che comporta un'attività che la dottrina giustamente definisce prerogatoriale. Ossia un'attività di coordinamento, di scambio di informazioni, di impostazione dell'attività di indagine che può rendere le investigazioni che coinvolgono altri paesi realmente efficaci. Nella mia esperienza ho cercato di impostare il più possibile la richiesta di cooperazione in questo modo: è l'unico modo efficace per ottenere dei risultati utili, sia dal punto di vista legislativo che della concreta applicazione".

PUBBLICO MINISTERO EUROPEO.

Pubblico Ministero Europeo. A proposito dell'EPPO, come è emerso anche dalle audizioni (vedi in particolare l'audizione con Salazar) lo stato del negoziato del relativo regolamento è deludente. Il testo contiene 111 considerando, mentre la direttiva sul mandato di arresto europeo ne contiene solo 14; questo da solo è un indice del carattere piuttosto complesso del testo e dei compromessi e delle ambiguità legate allo stesso. Tutto il filo rosso del negoziato dal primo momento è stato caratterizzato dallo sforzo di rafforzare il legame nazionale, e ciò ha progressivamente portato il negoziato dal primo dibattito sulla composizione stessa dell'EPPO, a un continuo sforzo per la riconduzione dello stesso al livello nazionale. Il passaggio dal modello gerarchico a quello collegiale lascia trasparire – da parte degli Stati membri – una volontà di controllo dell'attività di repressione che mal si concilia con le esigenze di rapidità ed efficienza operativa che dovrebbero connotare la funzionalità di un organismo con compiti investigativi diretti. Si tratta, a questo proposito, di un'idea ormai risalente, già emersa durante i lavori preparatori della Proposta: era infatti con la posizione del 4 marzo 2013, che i Ministri della giustizia di Francia e Germania - guardando con tutta probabilità al modello e all'esperienza di Eurojust - si erano espressi a favore di un ufficio della Procura europea composto da "Membri nazionali", selezionati dagli Stati dell'UE come propri delegati. Ulteriore oggetto di intervento, rispetto all'originaria proposta, è stata la previsione relativa alla competenza della Procura europea, competenza che non è più considerata esclusiva, bensì concorrente e prioritaria rispetto a quella degli Stati membri. In particolare, il Pubblico ministero europeo, nell'esercizio delle proprie attribuzioni, può precludere alle autorità degli Stati membri la possibilità di procedere o, eventualmente, ricorrere al diritto di avocazione nel caso in cui le autorità nazionali abbiano già avviato un'indagine penale.

I motivi di insoddisfazione da parte italiana sono assolutamente giustificati, perché si sta costruendo un organo di procura che non è essenzialmente dotato di quegli strumenti di efficienza che invece dovrebbero caratterizzarlo in termini di possibilità di azione diretta in una situazione in cui tutto è già reso complicato dal passaggio dal livello nazionale al sovranazionale.

EUROPOL.

Europol. In relazione ad Europol si deve ricordare che le sue attribuzioni istituzionali sono state di recente rimodulate in senso maggiormente operativo per effetto del regolamento UE

2016/794 dell'11 maggio 2016 (che sostituisce la precedente decisione istitutiva e la normativa ad essa collegata a decorrere dal 1° maggio 2017); tale organismo ha la funzione di sostenere e potenziare l'azione delle autorità competenti degli Stati membri e la loro cooperazione reciproca, al fine di prevenire e combattere la criminalità organizzata, il terrorismo ed altre forme gravi di criminalità che interessano due o più Stati membri, in modo tale da ledere un interesse comune oggetto di una politica dell'Unione. Recentemente gli organi di cooperazione tra le forze di polizia sono stati rafforzati per affrontare gravi fenomeni come l'immigrazione clandestina, la tratta e il terrorismo. Come sottolineato dal Dott.re Menichelli il ruolo di Europol è fondamentale nella cooperazione giudiziaria in materia, anche alla luce del nuovo regolamento, dovendo fungere da raccordo tra vari attori presenti nell'Unione per contribuire a meglio definire le priorità strategiche nella lotta al crimine e in particolare al crimine organizzato attraverso la SOCTA (e per garantire al meglio l'attuazione di questi piani). In base al SOCTA 2017 l'Unione fisserà le proprie priorità strategiche per il periodo 2018/21; in tale documento Europol ha individuato alcune aree di interesse diciamo "funzionale" per la criminalità organizzata: contraffazione di documenti e il loro uso, riciclaggio, vendita online di beni e merci illegali, produzione, traffico e distribuzione di droga, cybercrime, traffico di migranti, traffico di essere umani, varie forme di frode. In questo documento si parla di criminalità organizzata in senso ampio e non con specifico riferimento alle mafie. Recentemente gli organi di cooperazione tra le forze di polizia sono stati rafforzati per affrontare gravi fenomeni come l'immigrazione clandestina, la tratta e il terrorismo.

RETE GIUDIZIARIA EUROPEA

Rete giudiziaria europea (relazione De Amicis). Con la istituzione della Rete giudiziaria europea, avvenuta a seguito dell'Azione comune adottata dal Consiglio il 29 giugno 1998 sulla base dell'art. K3 del T.U.E., è stata incrementata in misura notevole la possibilità di agevolare i meccanismi di coordinamento della cooperazione giudiziaria attraverso l'individuazione di "punti di contatto" disseminati in ogni Stato membro. Con la decisione 2008/976/G.A.I. del 16 dicembre 2008, relativa alla Rete giudiziaria europea, il Consiglio dell'U.E. ha abrogato la precedente Azione comune 98/428/G.A.I. del 29 giugno 1998, rivedendo la struttura e le modalità di funzionamento di tale importante organismo, sulla base della positiva esperienza maturata nei vari settori della cooperazione giudiziaria penale lungo un arco di tempo ormai ultradecennale.

La modifica dell'organismo è stata dettata, essenzialmente, non solo da valutazioni legate al nuovo quadro normativo derivante dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ma anche dalle implicazioni del recente allargamento dello spazio territoriale dell'U.E. ai Paesi dell'est nel periodo 2004-2007, oltre che dall'impatto "epocale" determinato dalle prime applicazioni del principio del reciproco riconoscimento sulla funzionalità dei tradizionali strumenti della cooperazione giudiziaria di tipo "rogatorio" ed "estradizionale".

L'effetto di "decentralizzazione" dei meccanismi dell'assistenza giudiziaria penale – ormai sempre più condizionata dall'instaurazione di relazioni e contatti MAE. diretti tra le competenti autorità giudiziarie, in virtù delle nuove forme di "dialogo" consentite dall'art. 6 della Convenzione europea di mutua assistenza giudiziaria tra gli Stati membri dell'U.E. del 29 maggio 2000 – ha registrato infatti un incremento esponenziale a seguito della progressiva "giurisdizionalizzazione" delle procedure di cooperazione introdotte dai nuovi istituti del reciproco riconoscimento delle decisioni penali (mandato d'arresto europeo, congelamento e sequestro dei beni, mandato europeo di ricerca delle prove, ecc.), che proprio su meccanismi di relazione diretta tra le autorità giudiziarie fondano le rispettive modalità di esecuzione dei provvedimenti "circolanti" sul territorio europeo.

Sul piano delle relazioni funzionali con l'Eurojust, – i cui membri nazionali possono partecipare alle riunioni della Rete ed accedere alle sue informazioni ed al suo sistema di telecomunicazione –, la linea di demarcazione tra i due organismi, reciprocamente autonomi anche se strutturalmente complementari, è stata individuata nella dimensione tendenzialmente bilaterale, ovvero multilaterale, delle rispettive sfere di attribuzioni: la Rete giudiziaria, infatti, ha operato soprattutto a livello di rapporti bilaterali, con il compito di snellire la fase propriamente esecutiva delle domande di assistenza giudiziaria, mentre l'Eurojust ha fatto leva sulle notevoli possibilità offerte dal "serbatoio" di dati ed elementi informativi in suo possesso, per coordinare e migliorare

– non solo nella fase esecutiva, ma anche in quella prodromica all'attività rogatoriale – la definizione a livello multilaterale delle sempre più frequenti questioni problematiche poste dalle nuove esigenze di funzionamento della cooperazione giudiziaria penale.

Con l'Eurojust, in particolare, la Rete intrattiene rapporti di collaborazione "privilegiati", basati, secondo l'art. 10 della decisione, "sulla concertazione e sulla complementarietà", attraverso l'istituzione di quella che appare una "micro-camera" di consultazione, sia pure informale, tra i vari punti di contatto di uno Stato membro, il membro nazionale dello Stato membro interessato e le nuove figure dei "corrispondenti nazionali" sia della Rete giudiziaria che dell'Eurojust .

MAE.

In relazione al MAE emerge una prassi piuttosto positiva dalle audizioni, ferme le proposte che saranno avanzate per un miglior monitoraggio delle criticità e superamento delle difficoltà applicative (sull'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte in materia si veda la relazione di Selvaggi, - Cass., sez. VI - 23.9.2005, Ilie; SU, 30.1.2007, Ramoci, che ha affermato una serie di principi in tema di MAE, tutti all'insegna dell'obbligo per il giudice nazionale di interpretare le norme statali in maniera non contrastante con la decisione quadro). Si può ricordare che il dot.re Selvaggi evidenzia come l'interpretazione e l'applicazione della normativa europea in tema di MAE deve misurarsi anche con le norme convenzionali cui gli Stati membri dell'Unione siano eventualmente legati, in particolare le decisioni della Corte di giustizia europea e, da ultimo, l'importante sentenza del dicembre 2016, C- 182/2015 che evidenzia i problemi emergenti dall'incastro/conciliazione tra l'ordinamento dell'Unione e le altre convenzioni che

eventualmente legano gli stessi Stati membri a Paesi Terzi, problema tanto più cruciale se si pensa che il rispetto dei diritti fondamentali (nel caso di specie quello del rispetto della cittadinanza) contrasta o comunque può contrastare con l'altro fondamentale interesse, cioè quello di fare giustizia.

ORDINE EUROPEO DI INDAGINE PENALE

Ordine Europeo Di Indagine Penale (relazione Varraso). La direttiva 2014/41/UE, relativa all'ordine europeo di indagine penale, costituisce un tentativo di superamento del precedente quadro normativo in tema di ricerca ed acquisizione della prova nello spazio giudiziario europeo, giudicato frammentario ed insoddisfacente. Il riferimento, in particolare, è alla decisione quadro 2003/577/GAI, concernente l'esecuzione nell'Unione europea di provvedimenti di blocco di beni e sequestro probatorio, nonché alla decisione quadro 2008/978/GAI, relativa al mandato europeo di ricerca della prova.

Con specifico riguardo al contrasto alla criminalità organizzata, l'introduzione dell'ordine europeo di indagine penale è destinato ad apportare un sensibile miglioramento all'efficienza del sistema di cooperazione giudiziaria. La direttiva sull'ordine europeo mette infatti a disposizione un sistema agile ed onnicomprensivo, valevole per ogni tipologia di prova. La deroga al principio di doppia incriminazione, dettata per reati riconducibili all'attività della criminalità organizzata transazionale, comporta una sensibile riduzione delle ipotesi di rifiuto di riconoscimento dell'ordine. La direttiva offre inoltre un catalogo di atti d'indagine particolarmente pervasivi: basti pensare all'analitica disciplina delle intercettazioni telefoniche, delle acquisizioni bancarie e finanziarie anche in tempo reale, delle operazioni di infiltrazione.

Come osserva De Matteis, l'implementazione di tale strumento a livello europeo potrebbe rappresentare lo stimolo per l'avvio di un lavoro virtuoso da parte del legislatore europeo volto a perseguire l'armonizzazione delle discipline in materia; anche se, come osserva Spiezia, potrebbe anche esserci un irrigidimento dell'autorità giudiziaria richiesta che potrebbe non essere disponibile a raccogliere certi ordini in relazione a certe misure con quelle modalità, proponendo un ricorso a quelle clausole che consentono di proporre una misura diversa e meno intrusiva. Sicuramente si apre una prospettiva stimolante, perchè si passa da un sistema molto rigido di assistenza, basato sul principio della richiesta, ad un sistema molto più flessibile ed elastico dove sarà molto importante il ruolo del giudice su come applicherà e interpreterà le clausole generali che governeranno la disciplina della misura, però anche molto incerto negli esiti e -come segnalato nella relazione annuale del 2016 - l'applicazione di questa nuova misura potrebbe determinare la necessità di un ricorso crescente ad Eurojust ed alla sua attività di mediazione. In linea generale, si registra un ritardo nella trasposizione della direttiva 2014/41/UE. Soltanto tre Paesi - Germania, Francia e Romania - hanno infatti comunicato alla Commissione l'adozione di misure di attuazione della direttiva. Per quanto attiene all'Italia, la legge 9

luglio 2015 n. 114 (c.d. legge di delegazione europea 2014) contiene una delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2014/41/UE (art. 1, con riferimento all'ALL. B, punto 23). Il termine per l'adozione dei relativi decreti legislativi scadrà il 22 marzo 2017. Allo stato attuale, tuttavia, non si è ancora provveduto a dare attuazione alla direttiva. Viceversa, si è di recente proceduto all'attuazione delle fonti sovranazionali destinate ad essere sostituite dalla direttiva sull'ordine europeo di indagine penale a partire dal 22 maggio 2017. In particolare, con legge 21 luglio 2016, n. 149, si è ratificata e resa esecutiva la Convenzione di Bruxelles relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, delegando il Governo per la sua attuazione. In attuazione della delega di cui alla legge 9 luglio 2015 n. 114, il d. lgs. 15 febbraio 2016, n. 35 ha inoltre attuato la decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio. Non è dunque stato accolto l'invito formulato dal Consiglio superiore della magistratura in sede di parere sui relativi disegni di legge. Secondo l'organo di autogoverno della magistratura, infatti, sarebbe stato più opportuno recepire immediatamente la direttiva sull'ordine europeo di indagine penale, destinata entro breve a sostituire la Convenzione e la decisione quadro sul blocco dei beni (v. Parere su “Delega al Governo per la riforma del libro XI del codice di procedura penale. ..”. Delibera consiliare del 6 aprile 2016; nonché Parere sullo schema di decreto legislativo “Attuazione della decisione quadro 2003/577/GAI ..” Delibera consiliare del 20 gennaio 2016, entrambi in www.csm.it).

Scaduto il termine per il recepimento, la direttiva 2014/41/UE è destinata ad assumere efficacia diretta verticale interna, divenendo vincolante nelle parti self executing. Di qui il rischio che le innovazioni recate dalla direttiva trovino ingresso nell'ordinamento attraverso il veicolo dell'attività d'indagine atipica, creando un modello aperto di prova europea.

SQUADRE INVESTIGATIVE COMUNI.

Squadre investigative comuni. Il 10 marzo 2016 è stato pubblicato il d. lgs. 15 febbraio 2016, n. 34 che attua nell'ordinamento italiano la decisione quadro 2002/465/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002, relativa alle squadre investigative comuni. La trasposizione della normativa in parola si poneva come un'urgenza per il legislatore italiano che, non avendo rispettato il termine ultimo per il recepimento da essa imposto – ossia il 1° gennaio 2003 – rischiava di subire una procedura di infrazione. Dal 1° dicembre 2014, infatti, non è più in vigore il regime transitorio relativo ai meccanismi di tutela giurisdizionale con riferimento agli atti di ex terzo pilastro dell'Unione europea di cui all'art. 10 del protocollo n. 36 allegato al TUE e al TFUE, con la conseguenza che la Corte di giustizia può censurare gli Stati membri che non ottemperino agli obblighi di attuazione del diritto europeo anche con riferimento al settore della cooperazione giudiziaria in materia penale. Il d. lgs. n. 34/2016 contiene la disciplina relativa alla costituzione ed al funzionamento delle SIC, operanti nel territorio dell'Unione europea, istituite su iniziativa di un'autorità italiana ovvero di autorità di altro Stato membro cui l'Italia sia invitata a partecipare. Le SIC costituiscono una forma di cooperazione non rogatoria finalizzata all'accertamento e alla repressione di forme di

criminalità transazionale. La novità di maggiore impatto dello strumento consiste nel fatto di non prevedere mere misure di coordinamento tra organi requirenti nazionali bensì di consentire la formazione di un gruppo investigativo internazionale che agisce nell'ambito di un obiettivo comune, operando simultaneamente nei vari Stati membri interessati dalle indagini. Tale modalità operativa dovrebbe realizzare una maggiore efficacia repressiva nei confronti di quei crimini (in particolare, traffico di droga, terrorismo, tratta di esseri umani, pedopornografia, criminalità informatica) che agiscono sempre più su scala internazionale, con conseguente frazionamento della fattispecie criminosa tra i vari Stati membri che, caratterizzandosi per normative penali talora assai difformi, determinano seri ostacoli alle attività investigative e repressive.

L'idea di costituire delle SIC risale al trattato di Amsterdam del 1997, ma la prima disciplina di dettaglio è riscontrabile solo nell'art. 13 della convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 2000. I ritardi registrati nella ratifica di tale convenzione

– che richiedeva, per entrare in vigore, l'adesione da parte di almeno otto Stati membri – oltre all'accresciuta percezione dell'importanza dello strumento, alla luce degli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001 hanno determinato il Consiglio ad adottare un nuovo strumento normativo, a carattere maggiormente vincolante. La disciplina delle SIC è stata quindi riproposta all'interno della decisione quadro 2002/465/GAI ma – nonostante le intenzioni del Consiglio – la sua attuazione negli Stati membri ha richiesto molto più tempo del previsto: solo pochissimi Stati hanno rispettato il termine del 1° gennaio 2003, mentre la maggioranza ha predisposto norme interne di attuazione solo nel corso del 2005. L'Italia, infine, è giunta a recepire la suddetta decisione quadro con ben tredici anni di ritardo rispetto al termine formale di trasposizione.

Nella prassi è emersa l'importanza delle squadre investigative comuni, come evidenziato da diverse procure e DDA, - Castellani (Torino), Gatti (Bari), Paci (Reggio Calabria) -, come strumento per promuovere un efficace e più proficua cooperazione già nella fase delle indagini, coinvolgendo attivamente i colleghi stranieri; e del resto tale strumento è raccomandato anche nel libro bianco del Consiglio d'Europa. In particolare il procuratore Gatti ha riferito circa la costituzione di una squadra investigativa comune con le autorità albanesi da parte della procura di Lecce (1 dicembre 2016) al fine di combattere il narcotraffico (l'Albania è diventato paese di coltivazione..) e anche la procura di Bari sta per costituirne una, sempre con le autorità albanesi (“è stato firmato anche un Memorandum di Intesa da Roberti il 5 novembre 2014 con il Procuratore Generale dell'Albania finalizzato a potenziare”. “Si sta lavorando molto per potenziare la cooperazione giudiziaria con l'Albania ma una cooperazione giudiziaria, ...cooperazione che deve assumere i caratteri della cooperazione strutturata, di sistema”); il procuratore Cieri (Bologna) ha evidenziato un esempio virtuoso relativo alla costituzione di una squadra investigativa applicando la legge n. 146/2006, che disciplinava l'accordo diretto in tal senso tra le autorità giudiziarie, in un periodo in cui non erano state ancora disciplinate le squadre comuni –, anche se per accelerare le operazioni fu necessario l'invio di un ufficiale di polizia giudiziaria in Spagna presso l'UDICO che ha personalmente sollecitato e guidato le attività di investigazione. La Procura di Torino ha già fatto richiesta di costituzione di SIC con la Spagna (Castellani). In relazione alle squadre investigative comuni, sembra emblematico quanto affermato dal

Dott.re Spiezia: “Sì, intanto è uno strumento nuovo rispetto al quale va maturata anche una progressiva consapevolezza e conoscenza delle possibilità operative, che si sta dimostrando molto utile nella pratica non solo e non tanto per lo scambio informativo, che consente di realizzare in modo semplificato rispetto allo schema rogatorio, ma proprio perchè diventa momento di condivisione di una esperienza investigativa e di una esperienza pregiuridica anche dei fenomeni criminali che si stanno indagando, perchè quando parliamo di criminalità organizzata, specie di tipo mafioso, i nostri partner europei hanno spesso difficoltà a comprendere l’esatta portata di questi fenomeni criminali e le forme di manifestazione che si proiettano nel loro territorio, le quali sono evidentemente soltanto un aspetto esteriore dell’operatività dell’associazione criminale di tipo mafioso. La definizione, quindi di una squadra è proprio l’occasione per la condivisione di una informazione pregiuridica epistemologica sul fenomeno criminale in sè e per sè e poi di condivisione di un’esperienza investigativa, di un approccio investigativo. Per esempio, l’esperienza che hanno le autorità giudiziarie e le law enforcement di polizia in materia di intercettazioni non è comune a gran parte delle altre polizie giudiziarie e delle altre magistrature europee. Cambiano i presupposti, sono diversi gli statuti normativi, ma è anche proprio diverso l’approccio al ricorso a questo strumento come tecnica di emersione di una conoscenza che ovviamente è fortemente condizionata dal vincolo omertoso dell’organizzazione, per cui è chiaro che l’investigatore italiano e il PM italiano sanno che non possono prescindere dal ricorso a questo strumento molto intrusivo specialmente nelle forme delle intercettazioni”. Gatti sottolinea che “la squadra investigativa comune ..deve essere una soluzione organizzativa fisiologica, cioè deve diventare un MODO di fare indagini, soprattutto di fare indagini in contesti di globalizzazione, dove la criminalità oggi è sempre più criminalità transnazionale” (anche per la lotta al terrorismo).

REATI SCOPO

In relazione ad alcuni reati scopo che sono stati oggetto di contributi, senza nessuna pretesa di completezza (impossibile nei tempi dati, molti esperti contattati non hanno dato la loro disponibilità), si rinvia direttamente alla parte propositiva e alle relative specifiche relazioni.

PROPOSTA 1

DIRETTIVA IN MATERIA DI CRIMINE ORGANIZZATO

NOZIONI DI CRIMINE ORGANIZZATO

L'Italia dovrebbe sollecitare una ripresa del dibattito sull’opportunità di introdurre una direttiva in materia di lotta al crimine organizzato per promuovere l’armonizzazione in materia, quale presupposto di una più efficace cooperazione giudiziaria. Dato che le disposizioni del Trattato affidano a un gruppo di Stati la possibilità di avanzare proposte, l’Italia insieme a un gruppo di Stati più consapevoli del fenomeno dovrebbero prendere l’iniziativa per colmare il vuoto lasciato dal Consiglio europeo nell’elaborazione

di direttive strategiche. Nel fare ciò si deve considerare che prendendo le mosse da una accurata analisi dell'attività delle mafie italiane all'estero, è stato acutamente osservato che l'idea che un'efficace azione di contrasto richieda necessariamente una legislazione europea antimafia modellata su quella del nostro ordinamento nazionale è attraente, ma «si fonda sull'erroneo presupposto che le organizzazioni criminali tendano ad operare nello stesso modo in ciascun territorio»¹⁰ (vedi contributo Balsamo in materiali esperti).

1) Il nuovo strumento dovrebbe prevedere la regola già prevista dall'articolo 2 par. 2 della Decisione quadro del 2002 (disposizione non ripresa nella decisione quadro del 2009), che stabilisce “indipendentemente dal fatto che abbiano scelto di punire la condotta di cui alle lettere a) e b), gli Stati membri si presteranno la più ampia assistenza per i crimini o i reati di cui al presente articolo”. Una simile disposizione impone agli Stati membri che, in ogni caso, indipendentemente dalla nozione di crimine organizzato adottata, devono garantire la cooperazione giudiziaria in tale settore (Salazar). A tal riguardo, i dati fruibili relativamente alle soluzioni adottate a livello degli altri ordinamenti europei non forniscono spunti di particolare rilievo. Molte legislazioni recepiscono i modelli ‘ambigui’ ricavabili dagli strumenti sovranazionali prima menzionati. Uno spunto interessante può essere tratto dalla legislazione austriaca che sebbene preveda in genere quale scopo dell'associazione la commissione di specifiche figure di reati (gravi), prevede altresì (punendola peraltro più gravemente) l'ipotesi del gruppo che operi allo scopo di influenzare la politica o l'economia, o tenti di intimidire o corrompere terzi soggetti. Trattasi di ipotesi in cui passa in secondo piano la necessità di un programma criminoso specifico, mentre al centro sta la modalità descritta facendo riferimento al metodo corruttivo in alternativa alla intimidazione (contributo Sicurella – relazione Militello). Si propone (contributo Prof. Sicurella) una fattispecie che traduca,

1) quanto alla ‘consistenza’ minima dell'associazione, le acquisizioni consolidate della giurisprudenza circa “l'organizzazione minima di uomini e di mezzi” purchè “concretamente idonea” rispetto allo scopo;

2) “quanto alla finalità quella di guadagno/vantaggio economico finanziario (eventualmente con qualche specificazione come quella relativa all'infiltrazione nelle procedure di appalto) e

3) come metodo/ modalità tipica di agire “l'agire sistematicamente illecito”. Con riguardo a quest'ultimo profilo infatti, quello che emerge dalle vicende più recenti vicende anche italiane è che si tratta di ipotesi in cui l'azione del gruppo viene indicata come “sistema criminale”; la rilevanza

¹⁰ CAMPANA, Understanding Then Responding to Italian Organized Crime Operations across Territories, in Policing, 2013.

penale discende da una forma di più generico (e sottile) condizionamento rappresentato dall'agire illecito del gruppo che allorquando riferito a interi settori economici ne

compromette l'accesso a chi non si conformi a tale 'sistema' (quella che il Procuratore Zuccaro definisce intimidazione ambientale). Il riferimento al "sistema" dovrebbe essere combinato con il riferimento alla ordinaria ricorrenza di modalità corruttive quale collante del sistema, e/o l'intimidazione, elemento sottolineato in tutte le audizioni come modalità fondamentale dell'azione delle classiche organizzazioni criminali, prima fra tutte la 'NDRANGHETA, che operano in territori non tradizionali, sia in Italia sia all'estero. Castellani, consapevole della difficoltà di applicare la fattispecie di cui all'art. 416 bis in Piemonte, evidenzia che si deve fare riferimento al "metodo intimidatorio sganciandolo dalle sue origini socio criminologiche prettamente italiane, altrimenti la difficoltà è quella di non riuscire a convincere gli altri Stati europei".

4) In tale direzione sembra assolutamente interessante la proposta (contributo Balsamo) di promuovere l'armonizzazione delle legislazioni attorno all'incriminazione di un modello di comportamento il cui disvalore è largamente percepito nei diversi contesti nazionali, come la alterazione delle "regole del gioco" dell'economia di mercato mediante dinamiche violente o intimidatorie. Probabilmente una tale specificazione potrebbe ulteriormente esplicitare il concetto di "agire sistematicamente illecito".

Si riuscirebbe, in questo modo, ad inserire nei vari ordinamenti una fattispecie capace di focalizzare la capacità di condizionamento esercitata delle organizzazioni mafiose sul tessuto imprenditoriale, inquadrandola nel contesto della tutela penale di un valore protetto sia a livello costituzionale sia a livello "eurounitario", quale è la libertà di concorrenza, intesa non solo come diritto fondamentale del singolo ma anche come elemento ordinatore dell'economia, capace di incidere fortemente sull'organizzazione sociale degli Stati membri a salvaguardia delle libertà individuali.

In tale direzione anche le proposte della Procura catanese di inserire indicatori come la violazione della concorrenza tramite intimidazione, violenza, corruzione, concorrenza sleale (ipotesi non necessariamente indicativa).

ASSOCIAZIONE DI CARATTERE TRASNAZIONALE.

Proposta Spiezia: valorizzare il carattere transnazionale dell'organizzazione. In considerazione dei diversi contesti sociali pregiuridici degli altri paesi, la mafiosità non può connotarsi come capacità di controllo del territorio denominatore difficile da trapiantare in contesti diversi. « Il problema, secondo me, è quello di poter concepire una fattispecie in cui alcune manifestazioni di questa mafiosità possono manifestarsi in un territorio di uno stato membro, ma la proiezione, l'attività economica, il risultato di questa mafiosità può essere prodotto in un altro contesto territoriale. Questa potrebbe essere una soluzione molto innovativa »; « esistono ormai delle realtà criminali totalmente autonome e svincolate dall'Italia », non solo le mafie italiane che operano all'estero..

“Avendo riguardo alla Convenzione ONU del 2000 e ai contenuti traspositivi assicurati dalla legge 146/2006, emerge come sia sottovalutata nella prassi la dimensione transnazionale delle organizzazioni criminali endogene di tipo mafioso, perchè alla luce della sentenza Adami delle Sezioni Unite Penali del 2013 (31.1.2013 (dep. 23.4.2013) n. 18374)” la circostanza aggravante ad effetto speciale della cd. transnazionalità, prevista dall'art. 4 della legge 16 marzo 2006 n. 146, è applicabile al reato associativo, sempre che il gruppo criminale organizzato transnazionale non coincida con l'associazione stessa “e quindi l'appropriazione di questo meccanismo, così come delineato nella giurisprudenza delle sezioni unite, presuppone la dualità delle associazioni: l'associazione base e l'associazione transnazionale che dà il contributo all'associazione. Invece nella pratica noi vediamo che è proprio l'associazione criminale endogena di tipo mafioso che ha ramificazioni transnazionali con la presenza di soggetti che svolgono stabilmente dei ruoli all'estero, o in funzione di riciclaggio o per assicurare i giusti canali e contatti, quindi non solo per esigenze di reinvestimento di profitti ma anche per lo sviluppo delle attività delittuose”. La cooperazione potrebbe già essere incrementata, allora, in questa prospettiva valorizzando proprio il carattere transnazionale della relativa associazione.

Spiezia, inoltre, evidenzia che nel nostro ordinamento non sussiste una specifica aggravante ed emergono contenuti normativi divergenti sul piano europeo, quindi in questo senso sembra da condividere l'invito del Parlamento Europeo, nella risoluzione del 25 ottobre 2016 sulla lotta contro la corruzione, circa una nuova iniziativa normativa sul piano europeo che possa contemplare anche i caratteri di un'associazione di tipo mafioso, cioè strutturata secondo le caratteristiche di mafiosità del nostro articolo 416 bis, ma in più, evidenziando “la natura transnazionale della associazione”.

CONCORSO ESTERNO (contributo Balsamo).

Un significativo riferimento all'area coperta, nell'ordinamento italiano, dalla figura del concorso esterno, è contenuta nella risoluzione sulla criminalità organizzata nell'Unione Europea, adottata dal Parlamento europeo il 25 ottobre 2011, che ha richiesto alla Commissione «che venga esaminata con maggior rigore la questione della criminalizzazione di qualsiasi forma di sostegno alle organizzazioni criminali». L'opzione di politica penale indicata dal Parlamento europeo, a proposito del trattamento da riservare alle forme di contiguità alla criminalità organizzata, è quindi quella favorevole alla qualificazione come reato della generalità delle condotte inquadrabili nell'ampia nozione di “sostegno”. Si tratta di un risultato che può essere perseguito attraverso una pluralità di soluzioni tecniche.

1) **CONCORSO DI PERSONE:** La prima, analoga a quella accolta nel nostro ordinamento, consiste nell'innesto sulla fattispecie associativa delle regole ordinarie in tema di concorso di persone nel reato. È questa la strada seguita dall'ordinamento francese, dove, con il codice del 1994, alla tradizionale fattispecie della “associazione di malfattori” non è stata più affiancata la speciale ipotesi criminosa (prevista già dal codice napoleonico del 1810) concernente gli aiuti ad essa apportati dall'esterno, sulla base dell'assunto che per la

punibilità di queste ultime condotte sia sufficiente applicare la regola generale in tema di “complicità”, inserita nella disciplina del concorso criminoso.

2) FATTISPECIE AUTONOMA. Una seconda soluzione, prevalente nel panorama comparatistico a livello europeo, consiste, invece, nell’espressa tipizzazione di una speciale fattispecie di sostegno o contiguità rispetto ad organizzazioni criminali.

Tale soluzione, si può aggiungere, potrebbe risultare maggiormente conforme al principio di tassatività.

In questo senso si sono orientati i codici penali del Belgio e del Lussemburgo, che, oltre a mantenere le tradizionali figure della associazione di malfattori e dell’aiuto ad essa prestato dall’esterno, hanno introdotto alla fine degli anni ’90 del secolo scorso le fattispecie della “organizzazione criminale”, stabilendo la punibilità non solo di “chiunque ne fa attivamente parte”, ma anche di chi “partecipa alla preparazione o alla realizzazione di qualsiasi attività lecita dell’organizzazione criminale”, e di chi “partecipa a qualsiasi decisione nel quadro delle attività dell’organizzazione criminale con la consapevolezza di contribuire agli obbiettivi di essa”.

Una descrizione legale più analitica delle condotte di contiguità all’associazione è contenuta nel codice penale portoghese, che prevede la punibilità di “chi appoggia l’associazione”, in particolare “fornendo armi, munizioni o strumenti di delitto, protezione o locali per le riunioni, o qualsiasi aiuto al fine del reclutamento di nuovi elementi”.

Nel codice spagnolo si riscontra, invece, una disciplina differenziata delle condotte di contiguità rispettivamente per l’associazione criminale “comune” e per quella di matrice politico-terroristica. Con riguardo alla prima, viene assoggettato a pena “chiunque con la sua cooperazione economica o di qualsiasi altro tipo, in ogni caso rilevante, favorisce la fondazione, l’organizzazione o l’attività dell’associazione illecita”. Invece, con riguardo alla seconda tipologia associativa, il legislatore fornisce una definizione sintetica del “collaboratore esterno” punibile, individuato nel soggetto che “effettua, ottiene o facilita un atto di collaborazione alle attività o alle finalità” dell’organizzazione politico-terroristica; quindi elenca varie ipotesi di collaborazione, riguardanti, tra l’altro le “attività d’indagine e la vigilanza su persone, beni o impianti”, la “costruzione, predisposizione, cessione o utilizzazione di depositi, alloggiamenti”, “l’occultamento o il trasferimento di persone affiliate all’associazione”; infine, inserisce una norma di chiusura vistosamente onnicomprensiva, inquadrando nella nozione di collaborazione punibile “qualsiasi altra forma equivalente di cooperazione, aiuto, intervento, economico o di altro genere, alle attività” delle suddette organizzazioni.

L’effetto estensivo della punibilità è ulteriormente accresciuto dall’applicazione delle regole generali sul concorso di persone alle fattispecie associative, comunemente ammessa dalla dottrina prevalente in Spagna.

Germania. Alle stesse conclusioni giunge la dottrina maggioritaria in Germania, dove pure il codice penale sancisce, per le associazioni criminali “comuni” e per quelle terroristiche, la punibilità non solo di chi “partecipa come membro”, ma anche di chi le “sostiene” dall’esterno. Viene generalmente ammessa la rilevanza penale di ulteriori condotte per effetto della funzione “integrativa” svolta dalla regola generale in tema di complicità, inserita nella disciplina del concorso di persone.

Sizzera. La fattispecie del “sostegno” nei confronti dell’organizzazione criminale è specificamente tipizzata anche dal codice penale svizzero, dove si precisa che il sostegno deve riguardare le attività criminali dell’associazione.

Austria. Nel codice penale austriaco, si esplicita che la condotta di partecipazione all’associazione è integrata sia da “chi realizza una condotta punibile nell’ambito degli scopi criminali dell’associazione”, sia da chi “partecipa consapevolmente alle attività dell’associazione attraverso l’aprestamento di informazioni o di valori patrimoniali o in altra maniera, in modo da agevolare l’associazione o le sue azioni criminose”.

Dal panorama comparatistico emerge quindi la netta prevalenza di una tecnica di criminalizzazione diretta soprattutto “a includere” quanto più possibile, invece che a selezionare le condotte ritenute maggiormente pericolose tra quelle in qualche modo connesse all’operare di una organizzazione criminale (contributo Balsamo; su tutti i riferimenti comparatistici v. VISCONTI, Sui modelli di incriminazione della contiguità alle organizzazioni criminali nel panorama europeo: appunti per un’auspicabile (ma improbabile?) riforma “possibile”, in Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative, a cura di Fiandaca, Visconti, Torino, 2010, 189 ss.); ciò non toglie che come Tavolo XV si ritiene auspicabile una specifica tipizzazione delle forme di contributo strumentale all’organizzazione criminale, ritenute meritevoli di intervento penale.

È appena il caso di segnalare la continuità tra tale orientamento e le linee-guida tracciate dalla risoluzione adottata dal Parlamento europeo il 25 ottobre 2011.

Il riscontro di una indubbia adeguatezza sul piano della formulazione legislativa non esaurisce però il tema della effettività del contrasto delle forme di sostegno alle organizzazioni criminali: a questa prima verifica condotta sulla law in the books deve, infatti, accompagnarsene un’altra relativa alla law in action, per stabilire in che misura le condotte di contiguità siano realmente percepite e colpite dal sistema penale (contributo Balsamo).

PROPOSTA 2

ADOZIONE A LIVELLO EUROPEO DI MISURE DI PREVENZIONE CONTRO L’INFILTRAZIONE CRIMINALE NELL’ECONOMIA:

AMMINISTRAZIONE GIUDIZIARIA E

CONTROLLO GIUDIZIARIO DEI BENI

L'ITALIA potrebbe sollecitare a livello europeo uno strumento destinato a sollecitare l'adozione di strumenti di prevenzione dell'infiltrazione criminale nell'economia lecita come l'amministrazione giudiziaria dei beni, sul modello dell'art. 34, o il controllo giudiziario ex art. 34 bis d.d.l. n. 2134; si tratterebbe di una strategia di intervento contro l'infiltrazione criminale nell'economia, ispirata al rispetto del principio di proporzionalità laddove tale forma di intervento meno invasiva e priva degli effetti definitivi della confisca, possa essere ritenuta sufficiente (sollecita tale approccio anche Balsamo).

In questa direzione si può ricordare che il disegno di legge n. 2134 sembra voler valorizzare la misura dell'amministrazione giudiziaria rendendola applicabile anche nei confronti di soggetti pericolosi, laddove si ritenga che tale misura sia sufficiente a bonificare l'impresa e si possa rinunciare al sequestro e alla confisca in presenza di un'attività economica vitale; si tratterebbe di ipotesi di "infiltrazione criminale meno spesse" o "delle attività economiche intaccate da infiltrazioni mafiose ma sostanzialmente sane" (" - tanto più se complesse e di dimensioni rilevanti"). Quest'ultima logica sembra, in realtà, già ispirare nella prassi taluni provvedimenti di cui all'art. 34 d.lgs. n. 159/2011 applicati dal Tribunale di Milano, in conformità al principio di proporzionalità, che suggerisce l'utilizzo progressivo degli strumenti in esame (amministrazione giudiziaria e confisca) e ha ispirato il caso Tecnis della sezione misure di prevenzione del Tribunale di Catania (audizione Fanara, Procura di Catania). Al principio di proporzionalità era ispirato, del resto, il progetto della Commissione Fiandaca del 2001 che nel tentativo di "ammodernare nelle fondamenta la stessa logica dell'intervento preventivo" proponeva una serie di nuovi strumenti volti a "recidere il perverso intreccio tra mafia, mondo delle imprese e sistema economico", in una dialettica, si sottolinea nella relazione, non vetero-sanzionatoria, ma piuttosto finalizzata ad emancipare le imprese dal potere mafioso e porle in condizioni, responsabilizzandole o rieducandole si potrebbe dire, di operare nel rispetto delle regole del mercato, secondo normali criteri di efficienza economica (- questa è del resto la filosofia sottesa alla responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/2001, prevista anche per il reato di associazione di stampo mafioso -). Tale logica potrebbe essere considerata conforme alle indicazioni della Direttiva 42/2014 che al considerando 17 e 18 promuove l'applicazione del principio di proporzionalità.

Tutto ciò presuppone già a livello interno, la necessità di riformare la relativa procedura, garantendo i diritti della difesa: allo stato non è possibile impugnare il provvedimento di amministrazione giudiziaria ex art. 34 d.lgs. n. 159/11.

Sempre, in conformità al principio di proporzionalità, appare interessante un altro strumento proposto nel d.d.l. n. 2134, art. 34 bis, e cioè il controllo giudiziario come autonomo strumento ("Controllo giudiziario delle aziende"); sarebbe applicabile qualora l'agevolazione degli interessi mafiosi da parte di un'azienda "risulta occasionale" e "sussistono circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività": il Tribunale può limitarsi a imporre all'azienda oneri comunicativi nei confronti dell'autorità giudiziaria e di polizia, oppure nominare una sorta di tutor (definito impropriamente "amministratore giudiziario") che, guidato dal giudice delegato, attui una "vigilanza prescrittiva" entro un periodo non inferiore a un anno

e non superiore a tre, al fine di munire l'attività imprenditoriale dei presidi occorrenti per tenerla indenne dal condizionamento mafioso. Anche tale misura rimane nei confini di uno strumento autenticamente preventivo contro forme di infiltrazione criminale nell'economia lecita.

PROPOSTA 3

Modifiche della disciplina in materia di confisca in attuazione della Direttiva 42/2014 e ai fini del mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca (Proposta di Regolamento UE)

CONFISCA PENALE

In relazione alla confisca si propongono due piani di lavoro: da una parte delle modifiche della disciplina della confisca penale per razionalizzare la disciplina anche in considerazione delle indicazioni provenienti dalla Direttiva n. 42/2014, trascurate dal d.lgs. n. 202/2016 di attuazione; dall'altra parte si auspicano degli interventi di riforma del procedimento volto all'applicazione della confisca di prevenzione, per renderlo conforme ai principi della materia penale in vista dell'eventuale approvazione del Regolamento sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca, anche senza condanna emanati nell'ambito di un procedimento penale.

- 1) **CONFISCA PENALE.** Inserire la disciplina della confisca ex art. 12 sexies d.lgs. n. 306/'92 nell'ambito del codice penale, ad esempio in un nuovo art. 240 bis, in considerazione del rilievo che assume nell'ordinamento questa forma di confisca "allargata" che corrisponde alla forma di confisca estesa disciplinata dall'art. 5 della Direttiva n. 42/2014
- 2) Prevedere una disciplina generale della confisca per equivalente nell'ambito dell'art. 240 c.p. come forma surrogatoria della confisca diretta del profitto, in attuazione dell'art. 4 della Direttiva n. 42/2014, ponendo fine tra l'altro alle problematiche in materia di successione di leggi o a forzature interpretative del concetto di profitto determinate dall'impossibilità in talune ipotesi di applicare la confisca per equivalente.
- 3) Riformare l'art. 240 c.p. prevedendo al suo interno una disciplina generale valida per ogni ipotesi di confisca (del provento o degli strumenti del reato) che il legislatore deciderà di prevedere, salva espressa deroga legislativa e salva la disciplina prevista dall'art. 12 sexies del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in l. 7 agosto 1992, n. 356; si dovrebbe trattare di una serie di disposizioni comuni di carattere generale e a contenuto prevalentemente garantistico, cui dovrà essere coordinata ed adeguata anche la disciplina della confisca nei confronti degli enti di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (si veda proposte Commissione Marasca che riprende Commissione Palazzo).
- a) Si dovrebbe prevedere il carattere obbligatorio della confisca del profitto eliminando la diversa disciplina tra la confisca del prezzo (obbligatoria) e quella del profitto (facoltativa).

b) Inserire una clausola dell'onerosità, in conformità al considerando n. 17 e 18 della Direttiva

n. 42/2014, e come del resto già previsto in diversi ordinamenti stranieri.

c) Inserire una nozione di provento del reato alla luce della Direttiva 42/2014 e in risposta alle esigenze di tassatività.

d) Salvaguardia dei diritti del danneggiato: è confiscata esclusivamente la parte che non deve essere restituita al danneggiato, evitando però di far dipendere il provvedimento ablatorio dal comportamento del danneggiato. Si suggerisce di prevedere che, da una parte, il danneggiato possa esercitare il diritto al risarcimento anche sui beni oggetto di confisca, qualora il patrimonio dell'autore del reato sia incapiente; dall'altra, che la non applicazione della confisca sia subordinata all'effettivo esercizio del diritto alla restituzione da parte del danneggiato, come, del resto, affermato dalla Suprema Corte.

g) Sottrazione del profitto presso terzi, nonché, come affermato nel Progetto Pisapia, "il perfezionamento della disciplina di tutela dei terzi che vantano diritti sulle cose confiscate", anche alla luce dell'art. 6 della Direttiva (considerando n. 24)

h) L'applicazione della confisca diretta e obbligatoria del profitto anche in caso di proscioglimento per mancanza di imputabilità o per estinzione del reato: la confisca obbligatoria degli stessi beni, nella parte in cui non debbano essere restituiti al danneggiato, nel caso di proscioglimento per mancanza di imputabilità o per estinzione di un reato, la cui esistenza sia accertata con la sentenza che conclude il giudizio dibattimentale o abbreviato (nel progetto Pisapia lettera a), comma 2, art. 55, ultimo periodo), in conformità alle indicazioni della sentenza Lucci, S.u. 2015, n. 31617 (una simile soluzione si dovrebbe prevedere anche in conformità all'art. 4, c. 2 della Direttiva n. 42/2014)-

Sembra discutibile, invece, la proposta di estendere una simile soluzione nei confronti della confisca allargata ex art. 12 sexies d.l. 306/'92, contenuta nel disegno di legge

n. 2134 approvato nel novembre del 2015 alla Camera (osservazioni Maugeri su tale disegno di legge).

l) La confisca degli strumenti del reato: si dovrebbe richiedere un nesso sostanziale con il reato, se si vuole salvaguardare la natura preventiva - interdittiva, altrimenti acquista carattere punitivo.

m) Per evitare che si possano verificare casi di moltiplicazione sostanziale del provvedimento ablatorio, che sarebbero irragionevoli perché in contrasto con ogni sua funzione, si dovrebbe espressamente prevedere che nel caso di concorso di persone nel reato sia confiscabile nei confronti del singolo concorrente il provento che egli abbia tratto dalla partecipazione al reato.

CONFISCA allargata ex art. 12 sexies d.l. 306/'92

2. Confisca ex art. 12 sexies d.l. 306/'92: confisca allargata in seguito a condanna. L'art. 27 del d.d.l. 2134/S approvato alla Camera dei deputati nel novembre del 2015 "Modifiche al Codice antimafia e delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate", A.C. 1039 e abb. riforma la confisca ex ART. 12 SEXIES D.L. 306/'92. Per le critiche al progetto si vedano le osservazioni Maugeri al disegno di legge n. 2134, tra i materiali dei componenti della commissione. In questa sede in chiave propositiva basti sottolineare la necessità di garantire l'udienza camerale nell'ambito del procedimento in fase di esecuzione destinato ad applicare la confisca ex art. 12 sexies d.l. 306/'92 in modo da garantire il contraddittorio, consentendo al condannato di giustificare l'origine dei suoi beni come previsto dallo stesso art. 12 sexies l. 356/92; nonché il ricorso in appello. Si potrebbe attribuire la competenza in materia alla sezione misure di prevenzione come giudice specializzato nell'adozione dei provvedimenti contro il patrimonio e, quindi, il rinvio al relativo procedimento.

CONFISCA DI PREVENZIONE (art. 24 d.lgs. n. 159/'11)

3. Confisca di Prevenzione.

Proposte sul procedimento di prevenzione patrimoniale, anche alla luce dell'esame della giurisprudenza della Corte Europea in materia di giusto processo ex art. 6 CEDU, al fine di una piena giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione conforme alle pretese dell'art. 8 della Direttiva 42/2014 e in vista di un'eventuale adozione del Regolamento sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca -, presentato dalla Commissione il 21 dicembre 2016 -, che prevede l'adozione del provvedimento di confisca in un procedimento penale.

1) Potere di iniziativa solo dell'autorità giudiziaria

2) Imparzialità del giudice; principio riconosciuto dall'art. 6, comma 1 CEDU. Anche nell'audizione di un procuratore aggiunto di Bologna, Cieri, è emersa tale problematica (il problema della terzietà del giudice). In particolare, la procedura prevista dalla legge n. 575/1965 e oggi dal codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione introdotto dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 11, non prevede l'applicabilità al procedimento di prevenzione delle norme ordinarie in tema di astensione e ricusazione, compreso lo specifico segmento di quella disciplina riguardante l'efficacia degli atti posti in essere dal giudice astenuto o ricusato (art. 42 c.p.p.).

3) Impugnazioni (il d.d.l. n. 2134 prevede, già, la possibilità per l'interessato di impugnare il provvedimento di sequestro innanzi alla Corte di Appello (art. 27, comma 1 e 2) , sia pure nelle forme "sincopate" già previste dall'art. 10 per il decreto di confisca. Si tratta di una direzione di marcia certamente condivisibile ma probabilmente non sufficientemente meditata sul piano del rito: la specificità del provvedimento interinale in materia di misure di prevenzione patrimoniali, infatti, richiederebbe verosimilmente

una disciplina ad hoc. Non è stata prevista, inoltre, la possibilità di impugnare il provvedimento del Tribunale che rigetta l'istanza di revoca del sequestro, istanza che verosimilmente apre maggiori spazi alla difesa rispetto alla stessa impugnazione del provvedimento di applicazione del sequestro, la quale deve essere proposta entro il brevissimo termine di 10 gg. dalla notifica: lacuna grave, sol se si pensi che invece il pubblico ministero può impugnare la revoca del sequestro e in base all'orientamento giurisprudenziale, appena confermato dalle S.U. 23/2/2017, n. 20215, anche il diniego di confisca non preceduta da sequestro (non previsto dall'art. 27 d.lgs. n. 159/2011; ciò in base ad un'interpretazione estensiva fondata sui "principi generali che regolano il sistema delle impugnazione dei provvedimenti in materia di misure personali"). Tale asimmetria tra accusa e difesa potrebbe costituire oggetto di censura di costituzionalità.

4) Il diritto di difendersi provando. In tale ambito si può sottolineare la necessità di garantire il diritto di difendersi provando¹², espressione del principio della parità delle armi nel senso di un giusto equilibrio tra le parti che «vale di regola in civile come in penale»¹³ e si traduce nell'esigenza di garantire a ciascuna parte una possibilità ragionevole di presentare le proprie prove in condizioni di eguaglianza, nonché l'obbligo per il giudice di procedere all'esame effettivo dei mezzi, degli argomenti e delle offerte di prova delle parti, salvo verificarne la pertinenza ai fini della decisione¹⁴ (contributo Maugeri, La giurisprudenza della Corte Edu).

5) Contraddittorio (nonostante le critiche della dottrina – si veda relazione -, molti pm auditi rivendicano la prassi dello svolgimento del procedimento di prevenzione in contraddittorio; Alfonso, pur riconoscendo che spesso il processo di prevenzione si basa su documentazione scritta, - sentenze, ordinanze cautelari, etc.-, alcuni tribunali sentono dei testimoni, per esempio i collaboratori di giustizia e con le regole del processo penale garantendo il contraddittorio). Per garantire il diritto al contraddittorio, pacificamente riconosciuto dalla Corte e.d.u. anche in materia civile, quale espressione del principio dell'equo processo ex art. 6 CEDU¹⁵, occorre riconoscere effettivamente il diritto per ogni accusato di poter esaminare o far esaminare i testimoni a carico¹⁶, e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico (contributo Maugeri, La giurisprudenza della Corte).

Disciplinare compiutamente la struttura del procedimento di prevenzione

1) In particolare si suggerisce (contributo Balsamo, materiale esperti) di disciplinare compiutamente la struttura del procedimento di prevenzione.

a) Il tribunale, immediatamente dopo la costituzione delle parti, ammette le prove rilevanti, escludendo quelle vietate dalla legge o superflue. Possono essere altresì utilizzati ai fini della decisione gli atti e i documenti depositati unitamente al deposito della proposta, quelli successivamente prodotti dalle parti e quelli acquisiti d'ufficio dal giudice. Resta

11 In G.U. 31 ottobre 2011.

Nell'art. 7 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 potrebbero essere aggiunti i seguenti commi:

fermo il diritto di ciascuna delle parti di ottenere l'esame delle persone le cui dichiarazioni sono contenute negli atti e documenti prodotte da altre parti, a meno che l'esame stesso sia divenuto impossibile. Durante l'esame, il presidente, anche di ufficio, interviene per assicurare la pertinenza delle domande, escludendo quelle che risultano superflue tenuto conto del contenuto degli atti e documenti acquisiti.

b) La perizia non è soggetta ai limiti temporali previsti dagli articoli 227 e 508 del codice di procedura penale.

Al riguardo, occorre premettere che nel testo di riforma non vengono affrontate alcune delle questioni – come quelle attinenti all'esercizio del diritto alla prova, alle modalità di conduzione dell'attività istruttoria, al regime di conoscibilità degli atti formati dall'accusa – che appaiono più rilevanti per la compiuta realizzazione di un “giusto processo di prevenzione”. La ulteriore modifica qui proposta muove dall'idea che, per costruire linee-guida capaci di orientare l'interprete, ma anche per potenziare la collaborazione giudiziaria internazionale, appare necessario disciplinare compiutamente il procedimento di prevenzione nel segno dell'efficienza e della garanzia. La prima modifica proposta è finalizzata ad attuare pienamente nel procedimento di prevenzione il diritto alla prova e il diritto al contraddittorio secondo le indicazioni desumibili dall'art. 6 CEDU, senza però estendere a questo settore la regola della separazione funzionale delle fasi che, oltre ad essere estranea alle previsioni convenzionali, costituisce una peculiarità tipica della fase dibattimentale del processo penale, e non può quindi trovare applicazione nell'ambito di un procedimento modellato su quello di esecuzione. Contra. Sotto questo profilo i membri del Tavolo XV ritengono invece necessario stabilire la separazione funzionale delle fasi per garantire l'imparzialità del giudice.

12 Corte e.d.u., 11 dicembre 2008, *Mirilashvili v. Russia*, n. 6293/04, §§ 222-227.

13 Corte e.d.u., 27 ottobre 1993, *Dombo Beheer B.V. c. Paesi Bassi*, Serie A n. 274, § 32-33.

14 Corte e.d.u., 19 aprile 1994, *Van de Hurk c. Paesi Bassi*, Serie A n. 288, § 59; *Kraska c. Svizzera*, 19 aprile 1993, § 30; *Dombo Beheer B.V.*, cit., § 35.

15 Corte e.d.u., 22 settembre 2009, *Cimolino c. Italia*, n. 12532/05, § 43; Id., 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*, § 33; Id., 16 febbraio

2006, *Prikyan e Angelova c. Bulgaria*, § 52; Id., 13 ottobre 2005, *Clinique de Acacias e Altri c. Francia*, § 38; Id., *Khodorkovskiy and Lebedev*, cit., § 707.

16 Corte e.d.u., *AlKhawaja e Tahery c. Regno Unito*, n. 26766/05; Id., 15 dicembre 2011, n. 22228/06. In materia cfr. GRABENWARTER, op. cit., p. 161 ss.

La disciplina del potere del presidente di assicurare la pertinenza delle domande nel corso dell'esame testimoniale, prevista dall'art. 499 comma 6 c.p.p., viene qui integrata con la precisazione che tale potere si estende all'esclusione delle domande che risultano superflue tenuto conto del contenuto degli atti e documenti acquisiti. Si tratta di una precisazione opportuna per evitare che l'assunzione delle prove dichiarative possa essere strumentalizzata per esiti meramente dilatori, senza alcuna concreta utilità sul piano dimostrativo. Occorre, poi, escludere l'applicabilità dei limiti temporali previsti dal codice di rito per la perizia; si tratta di una precisazione necessaria tenuto conto della particolare complessità che contrassegna gli accertamenti tecnici nella materia della prevenzione patrimoniale, in cui il termine di sei mesi appare del tutto insufficiente per una valutazione approfondita delle risultanze bancarie e aziendali, in modo da escludere ogni valutazione sommaria che comporterebbe notevoli pregiudizi per le ragioni sia dell'accusa che della difesa.

ULTERIORI PROPOSTE AVANZATE NEL DIBATTIMENTO IN MATERIA NELLA MEDESIMA DIREZIONE (PROCURATORE MAGI):

- a) la riaffermazione della necessaria base cognitiva del giudizio di pericolosità espresso in sede di prevenzione, con valorizzazione dell'assenza di presunzioni legali della pericolosità e necessità di motivazione espressa sull'attualità di tale condizione in caso di applicazione di misura personale;
- b) l'avvicinamento sempre più marcato tra misure di prevenzione e misure di sicurezza, con obbligo di rivedibilità ex officio della condizione di pericolosità al momento della esecuzione di una misura di prevenzione rimasta sospesa;
- c) il recupero dei connotati di tassatività delle previsioni legislative descrittive dei connotati della pericolosità generica, ove desumibili dai contenuti della norma;
- d) l'obbligo di analisi del momento genetico della accumulazione patrimoniale in chiave di limitazione alla confiscabilità di beni estranei alla contestuale manifestazione di pericolosità;
- e) l'ampiamiento del tasso di giurisdizionalità interno al procedimento con ampliamento delle ipotesi di diritto alla prova così come del favor alla partecipazione personale del sottoposto e la inibizione all'utilizzo di materiali cognitivi formati in sede procedimentale penale in violazione dello statuto di legalità della prova;
- f) la riduzione del disvalore penale di alcune ipotesi di inosservanza delle prescrizioni non correlate in via diretta alle finalità primarie della sottoposizione;
- g) la valorizzazione della correlazione tra gli esiti del giudizio penale svoltosi sui fatti presi ad indicatori della pericolosità e gli esiti del giudizio di prevenzione, pur in assenza - allo stato - di applicazioni concrete della norma di cui all'art. 28 d.lgs. n.159 del 2011.

2) accrescere le garanzie nel giudizio di legittimità

Nell'art. 10 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 il comma 3 potrebbe essere così modificato:

Avverso il decreto della corte d'appello, è ammesso ricorso in cassazione, per i motivi di cui all'art. 606 del codice di procedura penale, da parte del pubblico ministero, dell'interessato e del suo difensore, entro dieci giorni. La Corte di cassazione provvede, in camera di consiglio, entro trenta giorni dal ricorso, osservando le forme previste dall'art. 127 del codice di procedura penale. Il ricorso non ha effetto sospensivo.

La modifica proposta rimuove la limitazione – ormai difficilmente giustificabile – secondo cui il ricorso per cassazione avverso il decreto della Corte di Appello è ammesso soltanto per violazione di legge, con la conseguenza che, in tema di sindacato sulla motivazione, è esclusa dal novero dei vizi deducibili in sede di legittimità l'ipotesi dell'illogicità manifesta di cui all'art. 606, lett. e), c.p.p., potendosi esclusivamente denunciare con il ricorso il caso di motivazione inesistente o meramente apparente, qualificabile come violazione dell'obbligo di provvedere con decreto motivato imposto al giudice d'appello. La incerta linea di confine tra motivazione illogica e motivazione inesistente o meramente apparente, quale emerge dal “diritto vivente”, rappresenta una chiara dimostrazione della necessità di ammettere il ricorso per cassazione avverso i decreti di prevenzione per gli stessi motivi previsti per le sentenze. La identità della natura sostanziale dei suddetti provvedimenti rende, infatti, irragionevole una netta distinzione tra gli stessi quanto alla natura del giudizio di legittimità.

A tale estensione dei possibili motivi potrebbe aggiungersi la previsione della procedura camerale partecipata, analogamente a quanto avviene nel giudizio di legittimità per le misure cautelari personali. Si tratta di una innovazione che tende a sfuggire alla tentazione di «sacrificare alla lotta ai numeri anche un valore centrale quale quello del contraddittorio», come ha persuasivamente osservato il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione nella sua relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2016 a proposito dell'analogia questione dell'applicazione della procedura camerale non partecipata per il giudizio di legittimità sulle misure cautelari reali. Non va, poi, sopravvalutato il rischio di un appesantimento del giudizio di cassazione in materia di misure di prevenzione. Da un lato, infatti, già adesso le misure sono soggette a numerosi ricorsi che prospettano come ipotesi di mancanza di motivazione profili che in realtà attengono alla logicità della stessa. Dall'altro, la procedura camerale partecipata agevola un dialogo più semplice e pratico tra le parti, disincentivando il ricorso a lunghi atti scritti.

Accrescere la trasparenza nell'amministrazione dei beni sequestrati

a) L'art. 42 comma 4 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, potrebbe essere modificato nei seguenti termini:

4. La determinazione dell'ammontare del compenso, la liquidazione dello stesso e del trattamento di cui all'articolo 35, comma 8, nonché il rimborso delle spese sostenute per i coadiutori, sono effettuati dal cancelliere sulla base delle indicazioni fornite con decreto

motivato dal tribunale, su relazione del giudice delegato. Il compenso degli amministratori giudiziari è liquidato sulla base delle tabelle allegate al decreto di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 4 febbraio 2010, n. 14.

Come rilevato nella relazione della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata, presieduta dal Prof. Giovanni Fiandaca, la modifica del comma 4 è finalizzata a rimuovere una vistosa anomalia del sistema italiano, in cui, a differenza di quanto avviene in pressoché tutti gli altri ordinamenti europei, le attività di liquidazione dei compensi degli ausiliari del giudice sono effettuate dallo stesso organo giudicante e non dalla cancelleria. Si realizza così un evidente appesantimento del carico di lavoro dell'autorità giudiziaria, senza alcun apprezzabile miglioramento qualitativo dei provvedimenti, che non a caso rientrano nelle competenze del personale di cancelleria in pressoché tutti gli altri Stati dell'Unione Europea. Si tratta di una regolamentazione che potrà favorire la realizzazione del principio di ragionevole durata del processo, valorizzando la professionalità del personale di cancelleria e sgravando i magistrati di compiti che negli altri ordinamenti, giustamente, non sono loro attribuiti. A ciò si aggiunge un indubbio vantaggio derivante dalla divisione dei compiti tra chi conferisce l'incarico e chi liquida i relativi compensi, evitando ogni concentrazione di funzioni che non giova all'efficienza né alla credibilità della giustizia.

b) L'ultimo periodo dell'art. 35 comma 3 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, potrebbe essere sostituito dal seguente:

Non possono assumere l'ufficio di amministratore giudiziario, né quelli di coadiutore o diretto collaboratore dell'amministratore giudiziario, il coniuge, i parenti fino al quarto grado, gli affini entro il secondo grado, i conviventi, i creditori o debitori del magistrato che conferisce l'incarico, del suo coniuge o dei suoi figli, né le persone legate da uno stabile rapporto di collaborazione professionale con il coniuge o i figli dello stesso magistrato, né i prossimi congiunti, i conviventi, i creditori o debitori del personale di cancelleria che assiste lo stesso magistrato.

Si tratta di una modifica necessaria per evitare qualsiasi rapporto di cointeressenza economica tra gli amministratori giudiziari (nonché i loro coadiutori e collaboratori) e la famiglia del magistrato, fattispecie non prevista dall'attuale testo della riforma. Una analoga regolamentazione viene dettata anche per il personale di cancelleria destinato ad assisterlo, così da realizzare una piena trasparenza dell'operato dell'amministrazione della giustizia nel suo complesso.

4) Assicurare la continuità dell'attività delle aziende dopo la confisca

Nell'art. 48 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 potrebbero essere aggiunti i seguenti commi:

8-ter. La disposizione del comma 3 non si applica ai beni immobili aziendali confiscati.

8-quater. I beni aziendali, ancorché oggetto di autonoma confisca, rimangono iscritti nel bilancio dell'impresa o società cui appartengono.

8- quinquies. Quando ricorrono specifiche ragioni di utilità pubblica, i beni immobili aziendali possono essere, in tutto o in parte, con delibera del Consiglio direttivo dell'Agenzia, mantenuti al patrimonio dello Stato, o trasferiti al patrimonio degli enti pubblici territoriali, o assegnati ad enti o associazioni, con le modalità indicate dal comma 3.

Si tratta di modifiche su cui è stata condotta, negli anni scorsi, una ampia elaborazione da parte della Fondazione Rocco Chinnici, e che mirano ad evitare che, per la imperfezione del testo dell'art. 48 del "Codice antimafia", gli immobili specificamente menzionati nei decreti di sequestro e confisca (come di solito accade per esigenze di certezza e di effettività della misura di prevenzione), ma facenti parte comunque del compendio aziendale, seguano una sorte diversa dalle imprese cui appartengono. Tale "scissione", infatti, impedisce in molti casi di proseguire l'attività di impresa, con gravi ricadute occupazionali, e rende complesso persino l'adempimento dei contratti preliminari di compravendita stipulati dagli amministratori giudiziari di società immobiliari, generando l'ulteriore effetto della difficoltà per l'Agenzia di trasferire in capo ai promissari acquirenti gli oneri dei mutui bancari accesi per l'attività costruttiva. Nella modifica proposta, alla regola generale del mantenimento dell'unità dell'azienda (messa così nelle condizioni di conservare il proprio valore, di proseguire la propria attività e di evitare licenziamenti di lavoratori) si accompagna la possibilità di destinare singoli immobili a finalità istituzionali o sociali o economiche, in presenza di specifiche ragioni di utilità pubblica.

Ulteriori proposte alla luce delle criticità che emergono nella prassi

- 1) *Rimediare all'estraneità del p.m. alla gestione dei beni*
- 2) *Professionalità nell'ANBC*
- 3) *Formazione dei giudici*
- 4) *Tempi e modi dell'assistenza giudiziaria*
- 5) *Costituzione di un nucleo speciale del GICO*
- 6) *Conoscere la legislazione e la realtà degli altri ordinamenti*
- 7) *Mancato riconoscimento del ruolo degli amministratori giudiziari dei beni sequestrati*

Nella prassi emergono ulteriori criticità nel procedimento di prevenzione che saranno messe in rilievo nel prosieguo.

- 1) Uno dei problemi della gestione dei beni sequestrati è la sostanziale estraneità del pubblico ministero alla gestione di questi beni, mentre gli uffici del p.m. sono quelli più attrezzati per cultura professionale, ormai stratificata nel tempo – invece la cultura dei tribunali è in via di formazione –, ma anche per la capacità del p.m. di interloquire in via

informale con le autorità che si occupano della gestione dei beni (i tribunali interloquiscono in modo più formale).

Si prevede la presenza facoltativa a norma di legge nella procedura di riconoscimento dei diritti dei terzi, in cui invece emerge la necessità della presenza del p.m. e, dall'altro verso,

2) la necessità della presenza nell'Agenzia dei beni confiscati di professionalità di tipo economico- imprenditoriale, concretamente assente (Cieri, Procura di Bologna).

3) L'ulteriore problema è che in certe (sempre meno per la verità) realtà del nord Italia le confische di prevenzione sono viste come "procedimenti oscuri", mal tollerati a causa di mancanza di adeguata cultura professionale dei giudici (Paci): formazione dei giudici.

4) Tempi e modi dell'assistenza giudiziaria, tempi assolutamente lunghi e incompatibili con lo sviluppo di investigazioni in materia di criminalità organizzata, perché le autorità estere non riconoscono le caratteristiche di celerità e urgenza che molti procedimenti e richieste dovrebbero avere.

5) Costituzione di un nucleo speciale del GICO della guardia di finanza che si occupi esclusivamente di misure di prevenzione e di indagini patrimoniali.

6) Conoscere la legislazione e la realtà degli altri ordinamenti (Patrone): in Francia esiste un'Agenzia

per la gestione ei beni sequestrati e confiscati, ma che è munita di alcuni poteri di indagine, per esempio fiscale, e quindi sarebbe fondamentale in un'indagine patrimoniale che coinvolga la Francia poter avere come interlocutore anche tale agenzia. Come emerge dal contributo del Prosecutor Trovato nel Regno Unito è possibile l'applicazione di una confisca di prevenzione grazie alla disciplina del "Proceeds of Crime Act 2002 (External Requests and Orders) Order 2005 SI 2005/3181 ("the ERO")" (si veda in contributi esperti)

7) Mancato riconoscimento del ruolo degli amministratori giudiziari dei beni sequestrati: problema che emerge nella prassi (Fanara – Catania).

PROPOSTA 4: POTENZIAMENTO DI EUROJUST NELL'ORDINAMENTO EUROPEO

Potenziamento di Eurojust sia a livello europeo sia a livello nazionale

Come evidenziato nella relazione di De Amicis, in una prospettiva storico-sistematica è innegabile che l'apprezzamento di alcuni aspetti di indiscutibile rilievo inducono ad attribuire all'Eurojust il ruolo di principale attore giudiziario della risposta europea alle nuove sfide della criminalità organizzata transnazionale, aspetti come la posizione di "centralità" di Eurojust, in vista della futura istituzione del Pubblico Ministero europeo, negli artt. 85 e 86 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (e, prima ancora, nell'analoga disposizione di cui all'art. III-273 del Trattato costituzionale del 29 ottobre 2004), il ruolo strategico ormai assunto nella composizione dei conflitti di giurisdizione e delle questioni

legate alla circolazione del mandato d'arresto europeo, unitamente al costante incremento delle attribuzioni funzionali al rafforzamento della cooperazione in materia di reati terroristici.

1) In tale direzione, però, la scelta strategica di valorizzare il ruolo di Eurojust per una più efficace cooperazione nella lotta contro il crimine organizzato impone, innanzitutto, di dare piena attuazione alle previsioni dell'art.85 TFUE (compiti di Eurojust: a) l'avvio di indagini penali, nonché la proposta di avvio di azioni penali esercitate dalle autorità nazionali competenti, in particolare quelle relative a reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione; b) il coordinamento di indagini ed azioni penali di cui alla lettera a); c) il potenziamento della cooperazione giudiziaria, anche attraverso la composizione dei conflitti di competenza e tramite una stretta cooperazione con la Rete giudiziaria europea).

2) La decisione quadro 2009/426 ha potenziato i poteri giudiziari ma la portata innovativa di questa disciplina, tuttavia, appare in larga parte depotenziata dalla possibilità, assai ampia e dai contorni incerti, per gli Stati membri di non attribuire al membro nazionale i poteri ex artt. 9 quater e 9 quinquies qualora ciò risulti contrario alle norme costituzionali o agli aspetti fondamentali del sistema giudiziario penale nazionale, sotto il profilo della ripartizione dei poteri tra polizia, pubblici ministeri e giudici, o della divisione funzionale dei compiti tra procure, o, ancora, della struttura federale dello Stato membro interessato (art. 9-sexies). Il ripristino della clausola derogatoria di cui all'art. 9 e) della decisione originaria lascia irrisolto uno dei nodi problematici che la proposta di regolamento intendeva invece sciogliere: quello delle differenti prerogative giudiziarie dei membri nazionali, poiché il carattere disomogeneo delle relative attribuzioni è da tempo ritenuto uno dei punti deboli dell'organismo, riducendone sensibilmente l'efficacia operativa e l'incisività sull'intero territorio dell'UE.

Questa clausola dovrebbe essere eliminata per perseguire il potenziamento di Eurojust e la parificazione delle attribuzioni e dei poteri di tutti i membri nazionali.

3) Ulteriori punti critici riguardano il mancato ampliamento dei flussi informativi con le autorità nazionali e, soprattutto,

4) la mancata attribuzione ad Eurojust di prerogative vincolanti in relazione al suo principale obiettivo, quello del coordinamento nei casi aventi ad oggetto lo svolgimento di indagini di rilievo transnazionale.

Sotto il primo profilo, infatti, sarebbe necessario svincolare l'alimentazione della base informativa dalla circostanza inerente agli adempimenti di trasmissione delle rogatorie internazionali, collegando il flusso delle informazioni alla esistenza di indagini per fatti di reato a carattere transnazionale (il flusso informativo in direzione dell'organismo è ancor oggi realizzato dalle autorità giudiziarie nazionali in modo episodico e non, come dovrebbe essere, in via permanente e strutturata, alimentando la base cognitiva con riferimento a tutti i procedimenti di rilievo transnazionale, compromettendo anche l'efficacia dell'azione di coordinamento sovranazionale).

Sotto il secondo profilo, il rafforzamento dei poteri di coordinamento avrebbe determinato una più efficace attuazione dell'art. 85 TFUE, elevando l'organismo dall'attuale ruolo di mediazione tra gli organi d'indagine nazionali, a quello di vero e proprio centro europeo di coordinamento, in grado di adottare, nei casi necessari, direttive per le autorità giudiziarie nazionali, a fini di impulso investigativo e di prevenzione dei conflitti di giurisdizione (un ostacolo difficile da superare per porre in essere un coordinamento "ottimale" delle indagini transnazionali è stato sempre rappresentato dal deficit riscontrabile nel basso livello di recepimento normativo degli atti di diritto derivato dell'UE e dall'insufficiente raccordo organizzativo degli organi e delle strutture di coordinamento presenti all'interno dei singoli ordinamenti coinvolti dall'attività investigativa: già nel Rapporto annuale di EUROJUST per l'anno 2002 si sottolineava tale profilo).

Proprio su tali aspetti critici, oltre che

5) sulle connesse esigenze di istituire in ogni Stato membro un sistema di coordinamento nazionale,

6) di favorire una maggiore capacità operativa delle squadre investigative comuni e

7) di sviluppare una maggiore coesione tra i membri nazionali, i punti di contatto della Rete giudiziaria europea e i corrispondenti nazionali di Eurojust, si concentrano le raccomandazioni rivolte agli Stati membri nel rapporto finale elaborato dal Gruppo di valutazione istituito nell'ambito del Consiglio dell'Unione europea sull'attuazione pratica delle decisioni 2002/187 del 28 febbraio 2002 e 2009/426 del 16 dicembre 2008 (GENVAL), che ha terminato nel dicembre 2014, all'esito di un arco triennale di lavori, il sesto ciclo di reciproche valutazioni fra gli Stati membri. Anche nell'audizione con il Dott.re Spiezia è emersa, da una parte,

1) la necessità di evitare l'indebolimento dei poteri di Eurojust contenuti nella proposta di regolamento rispetto alla decisione quadro 426/09, laddove in merito alle prerogative del College di Eurojust non si prevede più la possibilità, prevista nell'attuale normativa, di emettere delle opinioni non vincolanti per invitare le autorità giudiziarie che hanno partecipato alle riunioni di coordinamento ad attuare le misure che sono state concordate e dall'altra parte

2) la necessità di prevedere dei poteri di iniziativa, come previsto nella proposta di regolamento, circa le possibili iniziative ex officio di Eurojust, e cioè la possibilità di agire motu proprio per assicurare il coordinamento.

Questo rinvia naturalmente alle connesse problematiche dello scambio di informazioni con Europol, perchè Eurojust può evidentemente essere propositiva verso le autorità giudiziarie nazionali proponendo l'apertura di nuovi filoni investigativi nella misura in cui ha ricevuto delle informazioni da parte di Europol che consentono l'avvio di procedure nazionali oppure perchè queste informazioni sono quelle mutate da fonte nazionale opportunamente rielaborate e combinate con altre informazioni attinte a livello europeo e quindi quelle da cui possono scaturire nuovi indizi. Questo è un aspetto molto importante che nella pratica viene già in qualche modo attuato; la rappresentanza italiana presso Eurojust svolge un ruolo assolutamente originale in quanto propositivo "perché siamo la rappresentanza che ha il

maggior numero di iniziative che vengono anche formalmente registrate e con le quali si chiede l'avvio di nuove indagini e di nuovi procedimenti investigativi rispetto alle autorità nazionali”.

Il futuro regolamento potrebbe rappresentare l'occasione per una scelta strategica di valorizzazione di Eurojust nella lotta contro il crimine organizzato, anche in conseguenza delle limitate competenze attribuite all'EPPO nella relativa proposta di regolamento, ma si dovrebbe modificare l'attuale modesta proposta di regolamento presentata.

II. Legislazione Nazionale.

NELL'ORDINAMENTO NAZIONALE

A livello nazionale si dovrebbe dare piena attuazione alle decisioni quadro del 2002 e del 2009 laddove prevedono poteri giudiziari per i membri nazionali, mentre il legislatore italiano non ha ancora dato attuazione alla decisione quadro del 2009/426/GAI e nel recepire la decisione 2002/187/GAI con la l. 14 marzo 2005, n. 41, non ha attribuito funzioni giudiziarie e quindi come è emerso anche dalle audizioni, ha sottovalutato il ruolo di Eurojust. Già l'art. 9, par. 3, della decisione consiliare del 2002 stabilisce che ciascuno Stato membro definisce la natura e la portata dei “poteri giudiziari” che conferisce al proprio membro nazionale sul suo territorio, nonché il suo diritto di agire nei confronti delle autorità giudiziarie straniere, e la nuova decisione 2009/426/GAI ha sensibilmente accentuato la dimensione giudiziaria di Eurojust, prevedendo per il membro nazionale attribuzioni aggiuntive, di carattere giudiziario.

In linea generale tali poteri possono essere distinti in tre categorie:

— “poteri ordinari” (art. 9-ter) relativi alla gestione delle richieste e delle decisioni in materia di cooperazione giudiziaria, che permettono di ricevere, trasmettere, agevolare, seguire e fornire le informazioni supplementari relative alle richieste stesse (restando quindi esclusa la loro esecuzione diretta). Tali poteri consentono al membro nazionale di fungere da “canale di trasmissione” e di facilitare l'esecuzione delle richieste provenienti dallo o destinate allo Stato membro d'origine;

— “poteri esercitati d'intesa con un'autorità nazionale competente” (art. 9-quater): il loro esercizio è delegabile, caso per caso, al membro nazionale da tale autorità nazionale competente. Il membro nazionale può così essere autorizzato a: emettere, completare o eseguire nel proprio Stato membro richieste e decisioni in materia di cooperazione giudiziaria; disporre nel proprio Stato membro misure investigative ritenute necessarie durante una riunione di coordinamento organizzata da Eurojust per assistere le autorità nazionali competenti; autorizzare e coordinare consegne controllate nello Stato membro d'origine;

— “poteri esercitati in casi urgenti” (art. 9-quinquies) o qualora sia impossibile individuare o contattare l'autorità nazionale competente in tempo utile (fermo restando che quest'ultima, non appena individuata o contattata, dovrà essere tempestivamente informata sull'esercizio di tali poteri). Ricorrendo tali situazioni, i membri nazionali di Eurojust

possono autorizzare e coordinare consegne controllate nello Stato membro d'origine e eseguire richieste o decisioni di cooperazione giudiziaria. Si tratta senza dubbio dei poteri di contenuto più rilevante, che marcano il vero salto qualitativo delle attribuzioni conferite al membro nazionale.

Insomma alla luce della decisione quadro del 2009 i membri nazionali dovrebbero poter adottare speciali misure investigative e ogni altra misura giustificata dall'indagine o dal procedimento penale, con il correlato dovere delle autorità nazionali di fornire spiegazione nei casi di rifiuto alle richieste provenienti dai membri nazionali.

Con la nuova decisione, inoltre, lo scambio di informazioni è stato espressamente disciplinato e reso, in taluni casi, obbligatorio e sistematico: l'art. 13 prevede, infatti, che gli Stati membri devono assicurare che il proprio membro nazionale di Eurojust sia prontamente informato dei casi che coinvolgano direttamente almeno tre Stati membri per i quali le richieste di cooperazione giudiziaria siano state trasmesse ad almeno due di essi, quando venga in gioco uno dei reati specificamente elencati nella norma, - tratta di esseri umani, sfruttamento sessuale dei minori e pornografia infantile, traffico di stupefacenti, traffico di armi da fuoco, corruzione, attacco contro i sistemi di informazione, frode contro gli interessi finanziari dell'Unione, falsificazione dell'euro e riciclaggio -, o quando vi siano indicazioni concrete del coinvolgimento di un'organizzazione criminale, o, ancora, quando vi siano indicazioni che il caso possa avere una grave dimensione transnazionale. (Si può ulteriormente precisare che nel settore della lotta al crimine organizzato lo scambio informativo è già imposto dall'articolo 7 comma terzo della l. 41/2005, che attua la decisione 2002/187, obbligando il Procuratore della Repubblica a trasmettere informazioni al membro nazionale nei casi di indagini concernenti due o più stati membri, quindi nel caso specifico di un'indagine per criminalità organizzata a carattere transnazionale, questo obbligo ha già uno specifico riferimento ed inquadramento normativo. Il che verrebbe poi confermato dalla previsione dell'articolo 13 della decisione quadro 426/2009 che espressamente si riferisce ai casi di coinvolgimento di un crimine organizzato. Quindi una completa trasposizione dell'articolo 13 dovrebbe essere sufficiente per regolamentare quest'aspetto).

Estremamente importanti appaiono, inoltre, le nuove forme di coordinamento previste dalla riforma introdotta dalla decisione 2009/426/GAI (art. 5-bis, coordinamento permanente, OCC - On-call coordination), che consente a tale organo di essere permanentemente disponibile a ricevere e gestire le richieste e a intervenire in casi urgenti, ma allo stesso tempo richiede a livello interno la costituzione, in ciascuno Stato membro, di un "sistema di coordinamento nazionale Eurojust" (SCN), che ha il duplice obiettivo di consolidare e radicare a livello nazionale il ruolo di tale organismo e di obbligare gli Stati membri ad assicurare al loro interno un coordinamento sia per le relazioni con Eurojust, che per una partecipazione effettiva ed efficace alle altre reti europee di cooperazione giudiziaria in materia penale.

L'eventuale adozione del regolamento europeo consentirebbe, dato il suo carattere vincolante, di superare il pluriennale ritardo del legislatore italiano nell'opera di recepimento delle novità introdotte dalla decisione di modifica del 2009, sciogliendo i nodi problematici emersi riguardo alla definizione della natura dei poteri esercitabili dal rappresentante italiano, che, pur con i limiti evidenziati, anche nell'attuale stato ben difficilmente

potrebbero essere ritenuti di tipo meramente amministrativo (a fronte della riconosciuta possibilità di emettere o eseguire richieste di assistenza giudiziaria e di disporre direttamente, pur nei limiti sopra ricordati, misure di tipo investigativo).

La consistenza degli interventi di modifica operati sull'impianto dell'originaria decisione istitutiva del 2002 imporrebbe, inoltre,

- a) una semplificazione delle facoltà di accesso alle informazioni disponibili a livello nazionale,
- b) una compiuta specificazione delle forme e modalità di esecuzione delle misure investigative e, soprattutto,
- c) una sostanziale revisione dell'attuale procedura di nomina del membro nazionale, potenziando in misura incisiva il ruolo del C.S.M. nelle attività di selezione e successiva individuazione degli aspiranti.
- d) Il membro nazionale dovrebbe avere poteri giudiziari, come evidenziato, e a tal fine si potrebbe incardinare all'interno della direzione nazionale antimafia e antiterrorismo (Salazar).

In particolare, in tale direzione, il Dott.re Spiezia ha evidenziato la necessità di prevedere

1) un'estensione delle possibilità di accesso alle banche dati (non solo pubbliche, ma ad esempio anche dell'UIF) e di scambiare informazioni con gli organismi centrali investigativi (può, cioè, accadere che il membro nazionale italiano riceva informazioni di attività criminali a carattere transnazionale non ancora ben definite nella loro entità, - informazioni ottenute attraverso rogatoria o attraverso meri scambi informativi -, e che non sono ancora la base sufficiente per determinare l'apertura di un'indagine, quindi per poter attivare le prerogative di cui all'articolo 6 della decisione 187, ma che, tuttavia, potrebbero, se arricchite e rielaborate in sede nazionale, portare a dei risultati interessanti: “nella prospettiva di ricevere poi anche appropriati feedback, al fine di verificare la possibilità – attraverso questo percorso informativo – di enucleare una potenziale notizia di reato da comunicare alla autorità giudiziaria procedente, e, di rimando, informando il membro nazionale italiano in funzione delle sue funzioni di coordinamento investigativo”). Questo, per esempio, è un ambito nel quale si registrano delle vischiosità, poichè lo scambio informativo si sta sviluppando su base volontaristica sostanzialmente informale. (“Nella prassi sotto la direzione Spiezia, dal gennaio 2016, è stato introdotto l'avvio di un dialogo, sotto il profilo dello scambio informativo, con gli organismi centrali di polizia, nell'ottica, che scaturisce dalla prassi, di poter presentare agli organismi investigativi centrali delle informazioni reperibili del circuito informativo europeo, non disponibili ancora a livello nazionale, e che potrebbero essere oggetto di ulteriori sviluppi e arricchimento sul piano nazionale. Questo scambio informativo con organismi centrali sta avvenendo, per esempio, su basi informali con la DCSA, Direzione Centrale per i Servizi Antidroga, nel settore del traffico internazionale di stupefacenti, ma potrebbe avvenire, per esempio, anche con la Banca d'Italia, con la UIF (nel rapporto con la UIF, invece, attualmente manca una base normativa per poter avviare un dialogo informativo fecondo e quindi, l'informazione deve essere veicolata attraverso la DDA nella misura in cui ovviamente la Direzione

Nazionale ritiene, poi, di sviluppare queste informazioni e dialogare di conseguenza). Per favorire ciò si potrebbe intervenire con protocolli informali, oppure normativamente facendo rientrare tale scambio informativo tra le prerogative del membro nazionale.

Sarebbe auspicabile la previsione della possibilità di accesso diretto alle informazioni del casellario giudiziario, così come anche la possibilità di accesso al sistema ECRIS (attualmente non è una banca dati centralizzata e si sviluppa poi attraverso il collegamento con i casellari giudiziari nazionali, ma si sta discutendo ad Eurojust dell'ulteriore sviluppo del sistema ECRIS con riferimento alle sentenze di condanna che riguardano i cittadini terzi non appartenenti agli Stati membri); questa è una problematica strettamente collegata al tema del terrorismo e l'idea che sta venendo fuori è quella di realizzare la banca dati ECRIS attraverso un database centrale, un sistema centralizzato.

Il Dott.re Spiezia evidenzia un'iniziativa, recepita da Eurojust e in via di elaborazione, circa la definizione di un protocollo operativo di azioni da porre in essere nell'immediatezza di un attacco terroristico in uno stato membro.

2) Nella prassi come evidenziato sempre dal Dott.re Spiezia, accade che spesso i membri nazionali di Eurojust potrebbero essere di maggior ausilio rispetto alle autorità giudiziarie nazionali se avessero la potestà o la prerogativa di poter integrare e/o modificare le rogatorie internazionali formulate, d'intesa ovviamente con l'autorità giudiziarie nazionali: è una delle prerogative previste dalla decisione del 2009;

3) Squadre investigative comuni: Già nell'attuale prassi i Desk, oltre a svolgere la funzione di supporto al coordinamento, sono concretamente attivi nella elaborazione dell'atto giuridico fondante la squadra, che normalmente viene condiviso con l'autorità giudiziaria nazionale; il Procuratore della Repubblica, che dovrà poi sottoscrivere la squadra a termine della legislazione vigente, ovviamente trova un grande beneficio dal fatto che questo schema viene definito sulla base di un dato di esperienza messo a disposizione e delle intese raggiunte nel corso della riunione e così si supera anche un problema pratico, che è quello linguistico (perché è chiaro che avendo la possibilità di lavorare in una lingua franca, normalmente la lingua inglese, si definisce una comune base, con la restituzione alla autorità nazionale italiana di un testo già pronto anche per le osservazioni e riconsiderazioni dell'autorità, che poi diventerà il soggetto attivo della squadra).

4) Scambio di informazioni in materia di terrorismo. Dare piena implementazione alla decisione quadro 671/2005 in materia di terrorismo e all'art. 13 della decisione quadro 426/2013: a parte quanto già fatto

...(si veda l'audizione di Spiezia), si evidenzia che la decisione 671 del 2005 merita ancora un'attenzione particolare in una prospettiva di implementazione, perché tale decisione fissa anche i contenuti dello scambio informativo, quindi non soltanto disciplina i soggetti interlocutori, ma anche che cosa va trasmesso e, nella prospettiva della decisione, sostanzialmente, l'oggetto dello scambio informativo riguarda sia i procedimenti penali definiti (es. sentenza di condanna), ma anche le indagini relative ai procedimenti investigativi in corso. In tale direzione la

decisione quadro Eurojust del 2009 detta all'articolo 13 il catalogo dei casi in cui il membro nazionale deve ricevere informazioni dalle autorità nazionali, ma l'Italia non l'ha trasposta; oggi nella prassi tale trasmissione avviene un po' a macchia di leopardo. "Mi permetto, allora, di richiamare l'attenzione su questo profilo che, a mio avviso, non è ancora sufficientemente regolato e coperto dalla normativa vigente e che è ripreso anche dalla ultima direttiva in materia di terrorismo, la quale, laddove prevede un obbligo per gli stati membri di scambiare tra loro informazioni che sono di rilevanza per le autorità nazionali di altri paesi.."; "il regime giuridico di questo scambio informativo dovrà essere almeno equivalente a quello previsto dalla decisione 2005 con riguardo alle informazioni di Eurojust".

5) Il rafforzamento della presenza italiana ad Eurojust, tale aspetto è emerso in diverse audizioni; anzi si evidenzia che la mancanza di risorse sufficienti provoca un effetto distorsivo nelle dinamiche interne di tale organismo, in quanto compromette la partecipazione del Desk italiano alla fase di programmazione strategica del lavoro di Eurojust, in quanto troppo impegnato nella fase operativa; ciò provoca il risultato paradossale che le direttive operative e strategiche di questa istituzione sono decise prevalentemente da Desk nazionali meno impegnati sul piano operativo rispetto al Desk italiano, che, invece, potrebbe dare delle indicazioni molto puntuali su temi di grande rilevanza.

6) Non sembra, quindi, auspicabile la realizzazione del progetto di riduzione del personale amministrativo di Eurojust in seguito alla entrata in funzione dell'EPPO (addirittura di 46 unità); ne deriverebbe una compromissione del fondamentale lavoro di Eurojust che dovrebbe, invece, rappresentare la scelta strategica nella lotta alla criminalità organizzata transnazionale.

PROPOSTA 5. Potenziamento delle prerogative dell'EPPO

1) Si dovrebbe fare il possibile per incidere ancora sul negoziato. Qualche prospettiva di miglioramento del testo potrebbe emergere nel quadro della cooperazione rafforzata attraverso un eventuale sinergia con il Parlamento europeo al momento della procedura di "approvazione" da parte di quest'ultimo, che potrebbe costituire un passaggio non semplicemente "formale". Nel senso che il Parlamento sarà chiamato ad approvare e non a proporre emendamenti, ma questo passaggio andrà comunque preparato da parte del Consiglio e quindi ove il Parlamento fosse capace di trasmettere dei messaggi chiari ed univoci, almeno su alcuni punti qualificanti della proposta di regolamento, potrebbe determinare un miglioramento del testo; ciò presuppone una sinergia tra gli Stati membri che vogliono qualcosa di più e un Parlamento in grado di far sentire la sua voce prima dell'approvazione (Salazar).

2) Si dovrebbe escludere l'opzione (esclusivamente politica) di non essere "on board" al momento della scelta finale, che comporterebbe la non indifferente conseguenza di non partecipare alla stesura del regolamento di procedura, che sarà adottato all'unanimità dei partecipanti dal collegio e dovrebbe costituire il primo atto del collegio, cioè quello di dotarsi delle cruciali regole interne di funzionamento. La partecipazione alla stesura delle

regole che governeranno il funzionamento della procura europea, potrebbe nei limiti del possibile rappresentare un'ulteriore occasione di migliorare il testo.

L'EPPO potrà anche con la ridotta competenza prevista nell'attuale versione del regolamento avere un ruolo nell'ambito della lotta al crimine organizzato, se si considera che le organizzazioni criminali "mafiose" si occupano anche di frodi contro gli interessi finanziari dell'UE (vedi l'audizione di Alfonso anche in relazione a mafie operanti su più parti del territorio nazionale – da Milano a Vittoria -, Paci, Fanara), ma in ogni caso in una prospettiva futura, una volta avviata l'attività del Pubblico ministero europeo, nulla esclude in futuro, l'estensione delle sue competenze nel settore della lotta al crimine organizzato in base alla procedura disegnata dall'art. 86, par. 4 TFUE: essa consente, con delibera unanime del Consiglio, previa approvazione del Parlamento europeo e consultazione della Commissione, di adottare una decisione (contestuale o successiva a quella istitutiva) in grado di estendere la competenza del Pubblico ministero europeo «alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale». Orbene, non parrebbe potersi nutrire alcun dubbio in merito all'ascrivibilità dei reati di criminalità organizzata (e di terrorismo) alla nozione di

«delitto transnazionale» così come risulta delineata dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale. Come noto, infatti, ai sensi dell'art. 3, par. 2 della Convenzione, un reato è di natura transnazionale se:

- a) è commesso in più di uno Stato;
- b) è commesso in uno Stato ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo, avviene in un altro Stato;
- c) è commesso in uno Stato, ma in esso è implicato un gruppo criminale organizzato in attività criminali in più di uno Stato; o
- d) è commesso in uno Stato ma ha effetti sostanziali in un altro Stato. L'art. 86 sembra offrire una base giuridica davvero forte per un'estensione di competenza della Procura europea ai reati de quibus .

proposta 5.1. CODICE DI PROCEDURA PENALE

EUROPEO? L'utilizzazione dibattimentale degli atti formati dal pubblico ministero europeo – le proposte del Corpus iuris 2000 (contributo Balsamo sulla prova dichiarativa in materiali esperti). L'art. 86 § 3 TFUE consente di inserire nel Regolamento istitutivo della Procura europea contenuti corrispondenti alla "codificazione" di un sistema processuale penale europeo settoriale, disciplinando «le condizioni di esercizio delle sue funzioni, le regole procedurali applicabili alle sue attività e all'ammissibilità delle prove e le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell'esercizio delle sue funzioni».

Si tratta, dunque, di un intervento normativo che potrebbe andare molto oltre i confini della armonizzazione per dirigersi verso la meta di una parziale unificazione, non limitandosi ad assicurare la compatibilità fra atti eterogenei, ma spingendosi fino alla elaborazione di regole comuni per la formazione di atti di indagine posti in essere da un unico organo – la Procura europea – e destinati a proiettarsi, dopo l'esercizio dell'azione penale, in una pluralità di

sistemi giudiziari. Il Regolamento istitutivo dell'EPPO potrebbe divenire, così, non solo un complesso di "norme di organizzazione del lavoro", ma anche un vero e proprio "codice di procedura penale europeo della fase preliminare", nella cui definizione assumerebbe un rilievo centrale il problema dell'utilizzazione dibattimentale degli atti formati dal pubblico ministero europeo, fermo restando il problema delle garanzie che devono circondare la formazione di queste prove. Per superare le difficoltà legate alla diversità delle regolamentazioni nazionali, cercando una sintesi tra le tradizioni giuridiche degli Stati membri, il Corpus Juris 2000 aveva prefigurato un innovativo modello di prova europea, sostanziandosi nel verbale europeo di audizione, nel quale riportare in forma videoregistrata gli esiti di una procedura di assunzione della prova in contraddittorio davanti al giudice, in modo simile al nostro incidente probatorio". Per contro, la Proposta di Regolamento EPPO presentata il 17 luglio 2013 dalla Commissione segue la scelta di dettare una normativa "minimalista" con un ampio rinvio alle diverse regolamentazioni nazionali dell'attività di indagine; tale modello di disciplina delle indagini, - imperniato sull'applicazione della *lex loci* e sulla valorizzazione del principio del reciproco riconoscimento -, potrebbe sembrare, a prima vista, di più agevole praticabilità, ma è assai più complesso di quanto appaia, in considerazione della necessità - giustamente evidenziata dalle disposizioni della Proposta di Regolamento - di osservare non solo la legislazione interna, ma anche una serie di diritti procedurali garantiti dalla normativa europea, dalla Carta di Nizza, dalla CEDU e dal relativo "diritto vivente". Sul piano probatorio, il raccordo tra la fase delle indagini e la fase dibattimentale è delineato dall'art. 30 della Proposta di Regolamento prevedendo l'ammissione in giudizio, senza bisogno di convalida (neppure nel caso di divergenza tra la *lex loci* e la *lex fori*), delle prove presentate dal pubblico ministero europeo, ma subordina tale ammissione ad una valutazione positiva del giudice del dibattimento circa la compatibilità delle stesse prove con i principi del "processo equo" e i diritti della difesa garantiti dagli artt. 47 e 48 della Carta di Nizza, e fa espressamente salva la competenza dell'organo giurisdizionale nazionale a valutare liberamente le prove così ammesse.

Una simile disciplina, nella sua dimensione applicativa, lascerebbe irrisolte le questioni legate al rapporto tra l'uso processuale dei mezzi di prova e i principi generali sanciti nelle Carte fondamentali (di natura costituzionale, europea, internazionale); si pensi alla tematica (quanto mai attuale) delle dichiarazioni dei testimoni "assenti" e alla relativa giurisprudenza della Corte Edu. Per evitare questi problemi connessi alla proiezione delle indagini in una pluralità di sistemi dibattimentali, la strada maestra sembra quindi quella di "prendere sul serio" l'elaborazione di regole comuni, che hanno l'importante potenzialità di tradurre in norme di dettaglio i principi della Corte di Strasburgo suscettibili di molteplici interpretazioni. Muovendosi in questa prospettiva, diviene possibile intraprendere un percorso capace non solo di giovare alla funzionalità del nuovo organo requirente, ma anche di valorizzare al massimo il valore aggiunto che la sua istituzione potrebbe introdurre in quel processo di integrazione giuridica che costituisce uno dei migliori frutti della costruzione europea. È stato autorevolmente rilevato che una armonizzazione giuridica europea deve muovere proprio verso una *law of evidence* comune a tutti i sistemi.

PROPOSTA 6: MANDATO DI ARRESTO EUROPEO (CRITICITÀ E PROPOSTE).

1) A LIVELLO EUROPEO.

A) Evitare assolutamente una rinegoziazione della decisione quadro 2002/584; vi sono delle proposte nate in sede di Parlamento europeo per una rivisitazione dello strumento - anche nel corso della preparazione della nostra presidenza nel 2014 -. Tale strumento è stato emanato in solo 8 settimane di negoziato e con soli 14 considerando, ma in caso di apertura del negoziato si potrebbe aprire un cantiere che potrebbe peggiorare il testo attuale (Salazar).

B) Si auspica (Salazar) una maggiore attenzione da parte della Commissione sulla prassi operativa del MAE e, soprattutto, l'introduzione di un sistema di monitoraggio del funzionamento, dei casi di rifiuto di cooperazione (eventuali prassi discriminatorie tra Stati), o di cattivo funzionamento per verificare se le ragioni sono connesse a problemi strutturali della normativa europea o a cattive prassi (come la sistematica violazione dei tempi da parte delle autorità giudiziarie britanniche). Tale ruolo di monitoraggio deve essere assunto da Eurojust. Il collegio di Eurojust, infatti, in base alle previsioni della decisione quadro 2009/426, è chiamato a esprimere un parere scritto non vincolante nel caso in cui un'autorità competente comunichi ad Eurojust ricorrenti rifiuti o difficoltà in ordine all'esecuzione di richieste e di decisioni in materia di cooperazione giudiziaria (con particolare riguardo agli strumenti di mutuo riconoscimento), e non sia stato possibile risolvere la questione di "comune accordo" tra le competenti autorità nazionali, ovvero con l'intervento dei relativi membri nazionali (art. 7, par.3). In entrambi i casi, ove le autorità competenti degli Stati membri interessati decidano di non dar seguito alle indicazioni contenute nel parere scritto del collegio, esse sono tenute a comunicare "senza indugio" ad Eurojust la loro decisione e le motivazioni che la sorreggono.

C) De Matteis sottolinea anche la necessità di verificare gli spazi per un ravvicinamento significativo ed efficace dei livelli di pena, che consenta, se sono condizione per la cooperazione giudiziaria, di superare diversità non giustificabili. Ciò consentirebbe lo scambio di decisioni giudiziarie, sulla base del MAE o, un domani, dell'ordine europeo di indagine penale.

D) A livello interno la legislazione italiana si pone in contrasto con la decisione quadro in quanto prevediamo il carattere obbligatorio dei motivi di rifiuto previsti come facoltativi nella decisione; si dovrebbe richiedere un intervento chiarificatore attraverso un rinvio pregiudiziale alla corte di Lussemburgo o anche sollevando la questione di costituzionalità a seconda del problema giuridico che si pone, in considerazione dell'efficacia diretta delle decisioni quadro.

E) Nella prassi la Procura di Catania ha evidenziato delle criticità che andrebbero affrontate: 1) il rifiuto del paese membro di collaborare quando l'accertamento dell'identità di un soggetto è avvenuto con AFIS, soggetto che aveva presentato false generalità; il problema è emerso con la Romania. 2) Per le sentenze emesse in contumacia si pretendono garanzie non previste nell'ordinamento italiano (ad esempio consentire una rimessione in termini non consentita); 3) Difficoltà con la Germania perché la persona aveva avuto un permesso di soggiorno sulla base del par. 80 della legge negando l'estradizione.

F) Dal punto di vista dell'esecuzione passiva dei MAE emerge la necessità di stabilire la competenza circa l'esecuzione del trasferimento dell'arrestato non detenuto (è emersa nella prassi catanese – audizione Giuffrida - una certa difficoltà in quanto la polizia penitenziaria non è competente se non si tratta di un detenuto e le altre forze dell'ordine, - polizia, carabinieri, guardia di finanza -, escludono la loro competenza e la disponibilità di risorse economiche a tal fine); problema che sembra risolto nel disegno di legge di recepimento della convenzione di Bruxelles del 2000 sull'assistenza giudiziaria in materia penale (legge delega n. 149/2016).

G) Tutela dei diritti fondamentali. Nell'applicazione del MAE si dovrebbe verificare il rispetto dei diritti fondamentali nel paese richiedente e, viceversa, una criticità che potrebbe emergere nella prassi è rappresentata dalla possibilità che l'autorità giudiziaria di un altro Stato membro si rifiuti di dare applicazione a un MAE proveniente dall'Italia a causa del sovraffollamento carcerario per cui siamo stati ripetutamente condannati dalla Corte EDU o del regime ex art. 41 bis l. 354/75 (ergastolo ostativo in contrasto con le indicazioni della Corte EDU, sez. IV, Vinter e a. c. Regno Unito, 17/1/2012, ric. n. 66069/09; 130/10; 3896/10; si veda anche a proposito dell'extradizione in un paese con ergastolo ostativo Sez. IV, Harkins e Edwards c. Regno Unito, 17/1/2012, ric. n. 9146/07 e 32650/07). Tale questione è stata affrontata recentemente dalla Corte di Giustizia europea nelle cause riunite C-404/15 e C-659/15 in seguito a due rinvii pregiudiziali, promossi dal tribunale di Brema in relazione, il primo, a due mandati di arresto europeo emessi da un tribunale ungherese nei confronti del sig. Aranyosi, arrestato a Brema. Nell'ambito della procedura di consegna, il tribunale di Brema rilevava l'assenza di indicazioni convincenti rispetto al fatto che, se consegnato all'autorità giudiziaria ungherese, il signor Aranyosi non sarebbe stato sottoposto a condizioni di detenzione contrastanti con l'articolo 3 Cedu, nonché coi diritti fondamentali e coi principi generali del diritto sanciti dall'articolo 6 TUE. Il giudice tedesco motivava tale conclusione osservando che l'Ungheria è stata recentemente condannata per violazione dell'art. 3 Cedu a causa dello strutturale del sovraffollamento carcerario (C. eur. dir. uomo, sent. 10.3.2015, Varga e altri c. Ungheria), fenomeno altresì riscontrato dal Comitato per la Prevenzione della Tortura tra il 2009 e il 2013. Il secondo caso riguarda il sig. Caldararu, cittadino rumeno arrestato a Brema. Anche in questo caso, tuttavia, il tribunale tedesco osservava che, alla luce della giurisprudenza della Corte edu sulle condizioni di detenzione nello Stato emittente (sent. Vociu c. Romania, Bujorean c. Romania, Burlacu Constantin Aureliano c. Romania e Mihai Laurentiu Marin c. Romania, tutte del 10 giugno 2014), nonché dei rapporti del CPT, non vi erano indicazioni convincenti per escludere che il signor Caldararu sarebbe stato sottoposto a condizioni di detenzione contrastanti con l'articolo 3 Cedu e l'articolo 6 TUE. Anche l'Italia è stata condannata dalla Corte Edu per sovraffollamento carcerario (sez. II, Torreggiani e altri c. Italia, 8 gennaio 2013, ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10).

La Corte di Giustizia ha stabilito che l'esecuzione di un mandato di arresto europeo deve essere rinviata se sussiste un rischio concreto di trattamento inumano o degradante a causa delle condizioni di detenzione dell'interessato nello Stato membro di emissione del mandato. Se l'esistenza di tale rischio non può essere esclusa entro un termine ragionevole, l'autorità

incaricata di eseguire il mandato deve decidere se occorra porre fine alla procedura di consegna.

Occorre ricordare che l'art. 1, par. 3, l'art. 5 e l'art. 6, par.

1 della decisione quadro 2002/584 /GAI relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, devono essere interpretati nel senso che, in presenza di elementi obiettivi, affidabili, precisi e aggiornati, che dimostrino l'esistenza di carenze vuoi sistematiche o generalizzate, vuoi nei confronti di determinati gruppi di persone, vuoi ancora rispetto ad alcuni centri di detenzione dello Stato membro di emissione, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve verificare, in modo concreto e preciso, se sussistono motivi seri e fondati per ritenere che la persona oggetto del MAE emesso ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena privativa della libertà, corra il rischio reale, a causa delle condizioni di detenzione in tale Stato membro, di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, in caso di consegna allo Stato membro di emissione. A tal fine, l'autorità giudiziaria d'esecuzione deve richiedere informazioni supplementari all'autorità giudiziaria di emissione, la quale, dopo avere domandato, se necessario, l'assistenza dell'autorità centrale o di una delle autorità centrali dello Stato membro di emissione, ai sensi dell'art. 7 della decisione quadro, deve comunicare tali informazioni entro il termine fissato nella richiesta. L'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve rimandare la sua decisione sulla consegna della persona fino a quando riceve informazioni che consentano di escludere l'esistenza del rischio di trattamenti inumani o degradanti. Se l'esistenza del rischio non può essere esclusa in un tempo ragionevole, l'autorità deve decidere se porre fine alla procedura di consegna.

Va evidenziato che la Corte di Giustizia insiste sulla "individualizzazione" del rischio (§§ 93-94): la presenza di deficienze sistemiche nel sistema penitenziario di uno Stato Membro non basta di per sé a legittimare una deroga all'ordinario svolgimento della procedura del mandato d'arresto europeo, occorrendo che nel caso concreto la persona, se consegnata, rischi di essere sottoposta a condizioni di detenzione equiparabili ad un trattamento inumano o degradante.

Parrebbe dunque, ad una prima lettura, che la Corte di Giustizia abbia riconosciuto la sufficienza di rassicurazioni sul caso individuale: anche a fronte, ad esempio, di un sistema penitenziario afflitto da problemi di sovraffollamento, resterebbe la possibilità per lo Stato emittente di garantire la collocazione della persona all'interno di un istituto non soggetto a tale problema.

La portata della pronuncia parrebbe inoltre essere attenuata dalla natura essenzialmente procedimentale del principio affermato dalla Corte. La constatazione del rischio di violazione dei diritti fondamentali attiva in prima battuta un obbligo di consultazione tra le due autorità giudiziarie coinvolte. Tuttavia, se tale scambio di informazioni non consente di escludere l'esistenza di un rischio individuale, la principale conseguenza non è l'abbandono immediato dell'esecuzione del mandato, bensì il suo rinvio (§ 98). La Corte ammette la possibilità di un rifiuto del mandato laddove l'esistenza del rischio non possa

essere esclusa o superata "dans un délai raisonnable". In tal caso, peraltro, rimarrebbe aperta la questione relativa alla compatibilità del rifiuto con l'obbligo di leale cooperazione (art. 4 par. 3 TUE). (si veda F. Cancellaro, in Dir. Pen. cont. 18 aprile 2016).

PROPOSTA 7: SQUADRE INVESTIGATIVE COMUNI E ORDINE EUROPEO DI INDAGINE.

SQUADRE INVESTIGATIVE COMUNI

In materia si rinvia al contributo del Prof. Varraso nell'ambito dei materiali dei componenti del tavolo.

Squadre investigative comuni: nell'ottica di un più proficuo coordinamento investigativo, si ritiene opportuno prevedere la partecipazione alla squadra di membri di OLAF, Europol, Eurojust nella normativa italiana di recepimento dell'istituto delle squadre investigative comuni. Si fa riferimento alla previsione di cui all'art. 2 d.lgs. n. 34 del 2016, che consente in ogni caso il ricorso alla squadra per le indagini relative ai delitti di cui agli artt. 51, commi 3-bis, 3-quater e 3- quinquies, e 407, comma 2, lett. a) c.p.p., ovvero a delitti per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a cinque anni.

ORDINE EUROPEO DI INDAGINE

OEIP- Sia lo schema di decreto legislativo predisposto dall'Ufficio Legislativo in tema di ordine europeo di indagine, sia il d.lgs. n. 34 del 2016, si sono premurati di porre rimedio al vizio d'origine della direttiva 2014/41/UE e della decisione quadro 2002/465/GAI, consistente nel disinteresse per le regole di utilizzabilità della prova acquisita all'estero; in merito all'ordine europeo di indagine penale, si è scelto tuttavia di non dettare una previsione analoga all'art. 729 c.p.p.

1) La soluzione appare forse meritevole di un ripensamento: fermo restando, i criteri fissati dagli artt. 431 comma 1 lett. d ed f e 512 bis c.p.p. e art. 78 disp. att.

c.p.p. [questo è già scritto nell'attuale schema di decreto legislativo predisposto dal Ministero della Giustizia], occorrerebbe quantomeno prevedere una norma analoga all'art. 729 co. 1 c.p.p., che consenta di dichiarare inutilizzabili le prove acquisite in violazione dei principi di proporzionalità e rispetto dei diritti inviolabili di cui alla direttiva 2014/41/UE; nonché una norma analoga all'art. 729 comma 1 bis c.p.p..

2) Per quanto riguarda lo schema di decreto sull'ordine europeo di indagine, è da apprezzare la regolamentazione della partecipazione difensiva al compimento dell'atto, di cui all'art. 9 co. 4. Residuano tuttavia alcune zone d'ombra quanto alla tutela delle prerogative difensive.

2.a) In primo luogo, la non impugnabilità del rigetto della richiesta difensiva di emissione dell'ordine europeo ingenera una profonda disparità di trattamento tra difensore e pubblico ministero. Sembra dunque opportuno prevedere una forma di impugnazione del rigetto.

2.b) In secondo luogo, appare opportuna una espressa presa di posizione circa i rapporti tra ordine europeo di indagine ed investigazioni difensive.

2.c) Qualora poi - in linea con quanto affermato dalla Relazione allo schema di decreto - si ritenessero ammissibili le investigazioni difensive all'estero al di fuori del ricorso all'ordine europeo, dovrebbero

prevedersi meccanismi analoghi all'art. 391 bis co. 10 e 11 c.p.p., per il caso in cui la persona residente all'estero rifiuti di rendere dichiarazioni o non si presenti al colloquio con il difensore. Si potrebbe pensare in tal caso all'emissione di un ordine europeo d'indagine su richiesta del difensore: in linea con quanto previsto dall'art. 391 bis co. 10 c.p.p., il pubblico ministero dovrebbe essere vincolato ad emettere l'ordine al fine di provvedere all'audizione.

A LIVELLO EUROPEO: INTERCETTAZIONI (contributo prof. VARRASO in materiali componenti del Tavolo XV).

La direttiva 2014/41/UE appresta una analitica disciplina delle intercettazioni delle telecomunicazioni.

Replicando un modello già presente nel titolo III della Convenzione di Bruxelles, si distingue a seconda che ai fini della intercettazione sia o meno necessaria l'assistenza tecnica di un altro Stato membro. Nel primo caso, l'ordine europeo può essere eseguito mediante trasmissione immediata delle comunicazioni allo Stato di emissione, ovvero mediante registrazione e trasmissione successiva; l'esecuzione può peraltro essere rifiutata qualora la stessa non sarebbe ammessa in un caso interno analogo (art. 30). Nel secondo caso, lo Stato di intercettazione è tenuto a notificare lo svolgimento delle operazioni allo Stato nel cui territorio l'utenza intercettata si trova. Se l'intercettazione non è consentita secondo la disciplina nazionale, lo Stato notificato, entro novantasei ore, può comunicare allo Stato di intercettazione che le operazioni non possono essere effettuate o devono essere interrotte, con conseguente inutilizzabilità assoluta o relativa dei loro risultati (art. 31).

Il medesimo impianto è stato adottato dallo schema di decreto legislativo di attuazione della direttiva, predisposto dalla Commissione per la riforma del Libro XI Codice Procedura Penale, presieduta dalla prof.ssa Maria Riccarda Marchetti. Con riguardo alle intercettazioni, lo schema di decreto distingue infatti, oltre che tra procedura attiva e passiva, a seconda che sia o meno necessaria l'assistenza tecnica dello Stato destinatario dell'ordine. Dal lato attivo, qualora sia necessaria l'assistenza dello Stato estero (art. 48 dello schema di decreto legislativo), il Procuratore della Repubblica richiede al giudice per le indagini preliminari l'autorizzazione ad emettere l'ordine europeo: il vaglio del giudice è condotto sulla base

degli artt. 266 ss. c.p.p. Qualora l'assistenza tecnica non sia necessaria, lo schema di decreto recepisce pianamente le indicazioni della direttiva.

La distinzione tra necessità o meno dell'assistenza è ripresa altresì dallo schema di decreto legislativo predisposto dall'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia. Per quanto attiene alla procedura attiva, si prevede che l'ordine europeo debba essere emesso qualora si renda necessaria l'assistenza all'esecuzione delle operazioni di uno Stato estero, nel cui territorio si trovi il dispositivo da controllare (art. 43). Il pubblico ministero deve in tal caso indicare la durata delle operazioni e i motivi di rilevanza dell'atto (per ulteriori approfondimenti si rimanda al contributo del Prof. Varraso).

Proposta. Ciò che emerge è che la possibilità di realizzare le intercettazioni telefoniche e la loro conseguente utilizzabilità è rimessa alla legislazione interna dello Stato richiesto, con la conseguenza che in tal modo non si risolvono i problemi emersi nella prassi, come evidenziato nelle audizioni, e cioè la profonda differenza tra la legislazione italiana (ben più invasiva) e quella degli altri paesi europei. L'Italia deve farsi promotrice, allora, di una iniziativa a livello europeo per promuovere l'armonizzazione in materia o, perlomeno, per stabilire una disciplina che regolamenti la materia in modo autonomo, imponendo allo Stato richiesto l'esecuzione dell'intercettazione anche in casi non previsti dalla disciplina interna; chiaramente il tutto cercando un corretto equilibrio tra le esigenze della lotta al crimine organizzato e la tutela dei diritti fondamentali. La questione si pone ancora più a monte per le altre forme di intercettazioni, come quelle ambientali, neanche considerate dalla direttiva.

PROPOSTA 8: EUROPOL - VALORIZZARNE NELLA PRASSI IL RUOLO NELLE SQUADRE INVESTIGATIVE COMUNI.

Gli artt. 5 e 6 del regolamento UE 2016/794 prevede la possibilità di chiedere alle autorità competenti degli Stati membri interessati di avviare, svolgere o coordinare indagini e di proporre l'istituzione di squadre investigative comuni in casi specifici, rientranti fra gli obiettivi propri dell'Agenzia.

Significativa appare la possibilità offerta al personale di Europol di partecipare, con funzioni di supporto, alle squadre investigative comuni quando le medesime svolgano indagini in merito a reati rientranti nella competenza dell'Agenzia. In questa prospettiva, nei limiti previsti dalla legislazione degli Stati membri in cui opera una squadra investigativa comune, e conformemente ad uno specifico accordo che deve intervenire tra il direttore di Europol e le autorità competenti degli Stati membri che partecipano alla squadra, il personale di Europol può prestare assistenza in tutte le attività e scambiare informazioni con tutti i membri della squadra investigativa comune, ma non può prendere parte all'esecuzione di alcuna misura coercitiva. Inoltre, le informazioni ottenute da un membro del personale Europol nel corso della sua partecipazione ad una squadra investigativa comune possono, con il consenso e sotto la responsabilità dello Stato membro che le ha fornite, essere inserite nel sistema informatizzato, per le finalità di trattamento di cui all'art. 18 del regolamento. Al complesso di informazioni conservate da Europol, peraltro, possono accedere sia Eurojust che Olaf, nella misura in cui ciò sia necessario per lo svolgimento dei rispettivi compiti. Per quel che attiene alla dimensione operativa di Europol l'art. 88, par. 3, TFUE ha scelto di escludere ogni attribuzione di poteri coercitivi, specificando che qualsiasi azione operativa

di tale organismo, la quale dovrà essere comunque condotta in collegamento e d'intesa con le autorità dello Stato membro o degli Stati membri di cui interessa il territorio, trova in ogni caso un limite nell'applicazione di misure coercitive, che resta di competenza esclusiva delle pertinenti autorità nazionali. Europol, pertanto, non dispone allo stato di alcuno dei poteri tipici delle forze di polizia nazionali, come quello di eseguire arresti, perquisizioni domiciliari o intercettazioni telefoniche, oltre a non essere, più in generale, dotato di poteri investigativi all'interno del territorio degli Stati membri. Occorre tuttavia precisare che, in forza della base normativa specificamente offerta dall'art. 88, par.2, TFUE, l'art. 4, par. 1, lett. c), del nuovo regolamento consente di realizzare un sensibile allargamento della dimensione operativa di Europol, inserendo fra i suoi compiti quello di provvedere al coordinamento, all'organizzazione e allo svolgimento di indagini e di azioni operative, condotte congiuntamente con le autorità competenti degli Stati membri o nel quadro di squadre investigative comuni, in collegamento, ove opportuno, con Eurojust.

In questa direzione si auspica nella nostra legislazione in materia di squadre investigative comuni la possibilità di inserire componenti di Europol, come evidenziato nella relazione Varraso (si veda supra proposta n. 7).

Dall'audizione con il Dott.re Menichelli sono emerse, inoltre, le seguenti proposte.

1) Rafforzare il rapporto con Eurojust e con le altre agenzie dell'UE, - Frontex, CEPOL.. Solo dopo parecchi anni si è riuscito a pervenire a un accordo di tipo operativo tra Europol e Frontex, la stessa cosa dovrà essere fatta con le altre agenzie e dovrà essere sviluppato ulteriormente il rapporto informativo,

2) Dovranno essere sviluppati accordi anche con paesi terzi ed organizzazioni internazionali (alla luce dei nuovi poteri conferiti; ad esempio in seguito al referendum del dicembre 2016 anche la Danimarca è sotto tale profilo un paese terzo ed è stato concluso un accordo operativo con Europol; lo stesso dovrà essere fatto con tutta una serie di paesi terzi da cui si ritiene possano prevenire problemi di crim org, ad esempio - ai fini della lotta all'immigrazione illegale - con tutti i paesi del bacino mediterraneo e del centro Africa..."; accordi sono stati conclusi anche con paesi dell'America Latina, ma tutto deve avvenire nel rispetto della privacy).

3) Con il nuovo regolamento si aprono grandi prospettive in termini di accesso a informazioni, avendo accesso a tutte le banche dati dell'UE, ma allo stesso tempo si pone un problema di tutela della privacy, tanto è vero che è stato istituito il Garante della Protezione dei dati; la direttiva in materia è stata oggetto di lunghe trattative e anche l'adozione della PRN è stata travagliata per le resistenze in Parlamento Europeo – soprattutto dei parlamentari dei paesi del Nord Europa -, che considerava lo strumento sproporzionatamente invasivo per la libertà dei cittadini.

4) In tale direzione si sottolinea l'importanza dello scambio di informazioni tra paesi membri con e attraverso Europol, in applicazione del principio di disponibilità (cioè se io ho un'informazione la metto a disposizione degli altri stati membri); tale disponibilità presuppone la consapevolezza da parte di tutti paesi membri della minaccia rappresentata dalla criminalità organizzata – non necessariamente ed esclusivamente su quella tipicamente italiana o che agisce secondo le modalità di tipo mafioso –, perché altrimenti si rischia di alimentare un clima di mancanza di fiducia reciproca di cui certo si avvantaggiano solo le organizzazioni criminali".

5) Si evidenzia la necessità di una maggiore specializzazione all'interno di Europol in materia di indagini patrimoniali; ciò presuppone da parte degli Stati membri l'invio di personale competente anche sotto tale profilo, fermo restando che si dovrebbe risolvere il problema a monte dell'armonizzazione in materia.

PROPOSTE 9: provenienti dal rapporto della COMMISSIONE ANTIMAFIA DEL PARLAMENTO EUROPEO 2013 (COMMISSIONE CRIM)

Proposte provenienti da tale documento, alcune già incluse nelle precedenti proposte sono:

- 2) abolire il segreto bancario;
- 3) eliminare i paradisi fiscali dal territorio dell'Unione europea e porre fine all'evasione e all'elusione fiscale adottando il principio dell'"origine della ricchezza" raccomandato dall'OCSE
- 4) garantire il pieno accesso alle informazioni relative ai titolari effettivi di società, fondazioni e trust (cd. "beneficial ownership"), anche adeguando e collegando opportunamente i registri delle imprese degli Stati membri;
- 5) introdurre il principio della responsabilità giuridica delle entità giuridiche – in particolare la responsabilità delle holding e delle società madri per le rispettive società figlie – nei casi di criminalità finanziaria (quest'ultima proposta è considerata dai professori componenti del Tavolo in contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale e punitiva);
- 6) eliminare la tratta di esseri umani e il lavoro forzato, in particolare per quanto riguarda i minori e le donne, mediante sanzioni più severe, e garantire che le vittime della tratta siano adeguatamente protette e sostenute (in Italia abbiamo già una sufficiente disciplina sul tema);
- 7) prevedere il reato di manipolazione sportiva al fine di rafforzare la lotta contro le scommesse sportive illegali;
- 8) chiedere agli Stati membri di incriminare il voto di scambio anche in presenza di vantaggi immateriali o a terze persone;
- . 9) prevedere una fiscalità d'impresa il più possibile uniforme, equa ed omogenea a livello europeo;

- . 10) rafforzare gli accordi di cooperazione giudiziaria e di polizia tra gli Stati membri e tra l'Unione europea e i Paesi terzi;
- . 11) promuovere gli strumenti del sequestro e della confisca dei patrimoni criminali, introducendo metodi di confisca aggiuntivi, come la confisca dei beni nel quadro del diritto civile e il riutilizzo dei beni confiscati per fini sociali, nel rispetto del principio di sussidiarietà;
- . 12) rafforzare la lotta contro i reati ambientali e il traffico di stupefacenti;
- . 13) assicurare il riconoscimento rapido e reciproco, nel pieno rispetto del principio di proporzionalità, di tutte le misure giudiziarie, con particolare riferimento alle sentenze penali, agli ordini di confisca e ai mandati di arresto europei;
- . 14) prevedere l'esclusione dalle gare d'appalto in tutta l'Unione europea degli operatori economici condannati in via definitiva per criminalità organizzata, corruzione e riciclaggio;
- . 15) istituire ed attivare la Procura europea, dotandola delle necessarie risorse umane e finanziarie; sostenere al contempo le agenzie europee, quali Europol e Eurojust, nonché le squadre investigative comuni e gli Asset Recovery Offices (ARO);
- . 16) rispettare pienamente, tanto a livello di Stati membri quanto a livello di Unione, gli obblighi derivanti dagli strumenti internazionali in materia di criminalità organizzata, corruzione e riciclaggio di denaro;
- . 17) riconoscere il ruolo importante del giornalismo investigativo nell'identificare i reati gravi;
- . 18) introdurre norme omogenee per la protezione dei testimoni, degli informatori e dei collaboratori di giustizia a livello europeo; si veda in materia anche l'audizione di Alfonso e il Libro bianco del Consiglio d'Europa (in documenti)
- . 19) prevedere l'ineleggibilità e la decadenza da cariche pubbliche in seguito a condanne definitive per reati in materia di criminalità organizzata, corruzione e riciclaggio di denaro;
- . 20) definire e sanzionare adeguatamente fattispecie criminose uniformi in materia di criminalità informatica,
 - anche sulla base di un sistema di segnalazione uniforme;
- . 21) evitare la corruzione nel settore pubblico fornendo al pubblico un migliore accesso ai documenti e introducendo norme specifiche in materia di conflitti di interesse e registri a fini di trasparenza.

PROPOSTA 10 in materia di cooperazione giudiziaria emergenti dalle audizioni:

- 1) magistrati di collegamento;
- 2) formazione dei magistrati (corretta formulazione delle richieste);

- 3) semplificazione delle forme di cooperazione a livello nazionale, per esempio attribuendo alla medesima Autorità Giudiziaria i poteri connessi alla esecuzione di rogatorie sia dal lato attivo che dal lato passivo
- 4) ridurre il potere discrezionale degli Stati membri dell'Unione Europea nell'accoglimento, o meglio nell'eventuale rigetto di determinati provvedimenti istruttori, nel caso gli stessi abbiano superato il vaglio della autorità Giudiziaria nazionale;
- 5) l'utilità e la efficacia dei contatti che si instaurano tra le singole Autorità Giudiziarie e gli ufficiali di polizia giudiziaria di collegamento (best practice)
- 6) informatizzazione;
- 7) valorizzazione del ruolo della DNA in termini di controllo e coordinamento;
- 8) rapporti con i paesi terzi: accordi conclusi dalla DNA – criticità e proposta.
- 9) Provvedere alle ratifiche e implementazione della legislazione europea prontamente
- 10) buona volontà

1) Dalle audizioni emerge l'importanza dei magistrati di collegamento (si veda la testimonianza di Patrone, magistrato di collegamento in Francia); dalle audizioni emerge la necessità di avere anche nei paesi terzi delle agenzie in loco che si occupino di patrocinare gli interessi dell'autorità giudiziaria (si vedano i casi di insuccesso nella cooperazione riferiti da Cieri per la mancanza di contatti, Fanara, Mancini).

2) Formazione: In termini di prassi virtuose è emersa, soprattutto dalle audizioni, la necessità di curare la formazione dei magistrati sulla materia della cooperazione giudiziaria, sia in relazione alla relativa normativa e alle potenzialità che offre, sia in relazione alla corretta redazione dei pertinenti strumenti di lavoro (MAE, rogatoria.., vedi Patrone), nonché in termini di conoscenze linguistiche; anzi emerge la necessità di individuare delle figure specificamente competenti all'interno delle DDA, di ripristinare e potenziare i magistrati di collegamento. Alfonso ha evidenziato che nella Procura generale di Milano ha creato un ufficio competente per la cooperazione internazionale con tre magistrati, una delle quali è anche punto di contatto per la rete europea e corrispondente di Eurojust, tutti magistrati con una ricca esperienza nel settore.

In tale direzione Selvaggi sottolinea come i colleghi non abbiano piena consapevolezza di tutti i network presenti presso l'UE, il Consiglio di Europa ma anche l'ONU (tanto è vero che si ritrova a consigliare ai colleghi di rivolgersi a queste reti, come l'IBER RED una rete di cooperazione tra Spagna, Portogallo e paesi dell'America latina, che ha consentito di ottenere documenti dal Messico).

Patrone evidenzia come “i nuovi strumenti (rappresentati da ben 16 decreti legislativi) siano quasi del tutto sconosciuti agli uffici giudiziari, che continuano ad usare le obsolete convenzioni, tra cui quella del 59 sulla cooperazione giudiziaria. Poco conosciuti i “certificati” previsti dalle decisioni quadro in materia di sequestro e confisca (ed obbligatori

per le richieste di riconoscimento ed esecuzione), addirittura ignorata la nuova competenza del PM – e non più del tribunale - per le richieste di esecuzione, etc..

3) Dalla prassi emerge come la mancata accettazione di una rogatoria può essere legata all'insufficiente formulazione, senza la condivisione delle informazioni necessarie a convincere l'autorità richiesta (o addirittura a coinvolgerla nelle indagini attraverso l'apertura di un'autonoma indagine, come è avvenuto in alcuni casi virtuosi, o con la creazione di una squadra inv. com.).

4) prevedere una semplificazione delle forme di cooperazione a livello nazionale, per esempio attribuendo alla medesima Autorità Giudiziaria i poteri connessi alla esecuzione di rogatorie sia dal lato attivo che dal lato passivo, riservando solo un controllo formale di esecuzione alla Autorità Giudiziaria di secondo grado. In tal senso, allo stato, la netta distinzione tra le rogatorie attive e quelle passive, soprattutto nella fase investigativa, ha costituito un elemento di notevole complicazione e spesso di confusione con i corrispondenti paesi esteri nonché di inefficienza nella concreta esecuzione delle attività di indagine necessarie (Ferrara- Gasparre); non solo, come evidenzia Castellani, una richiesta passiva – anche di MAE - potrebbe essere lo stimolo per un'indagine autonoma nello Stato richiesto. Tale problema è risolto nel disegno di legge di recepimento della Convenzione di Bruxelles del 2000 sull'assistenza giudiziaria in materia penale.

5) ridurre il potere discrezionale degli Stati membri dell'Unione Europea nell'accoglimento, o meglio nell'eventuale rigetto di determinati provvedimenti istruttori, nel caso gli stessi abbiano superato il vaglio della autorità Giudiziaria nazionale; tale circostanza appare particolarmente decisiva in materia di esecuzione di attività di intercettazione e di altre forme invasive di limitazione della libertà personale (es. caso in cui l'A.G. Spagnola si è rifiutata di dare esecuzione a decreti di intercettazione emessi legittimamente dalla A.G. italiana per la ricerca e cattura di latitanti operanti in quel paese nonostante non vi fossero altri mezzi investigativi idonei per effettuare tali accertamenti e si ricadesse nell'ambito dei 32 reati previsti dalla legislazione europea per la cooperazione rafforzata).

6) Nella prassi si evidenzia l'utilità e la efficacia dei contatti che si instaurano tra le singole Autorità Giudiziarie e gli ufficiali di polizia giudiziaria di collegamento (Procura di Palermo, Ferrara – Spedale). Non è raro, infatti, che nel corso delle indagini emergano profili di "anomalia" con riguardo ad entità (persone fisiche o giuridiche) straniere o ad operazioni finanziarie poste in essere anche solo in parte all'estero.

Tuttavia sovente il consolidamento del sospetto sino al compiuto accertamento della (eventuale) relativa illiceità dipende dalla lettura congiunta di dati in possesso ad Autorità diverse. Così è ad esempio, sempre più spesso, nel caso di reati finanziari, dei reati di riciclaggio e di intestazione posti in essere mediante investimenti esteri: in questi casi emerge come l'illiceità originaria delle risorse investite o il fine elusivo delle condotte possa essere adeguatamente messo a fuoco solo a condizione che si riesca ad inquadrare in modo adeguato la porzione di condotta posta in essere al di fuori del territorio della propria giurisdizione. Ebbene, con riguardo a tali attività di indagine, caratterizzate nella fase iniziale dal carattere spiccatamente esplorativo, si reputa particolarmente utile instaurare contatti

diretti, più e ancor prima che con le Autorità Giudiziarie estere di riferimento, con i rappresentanti delle forze dell'ordine di collegamento sul territorio, capaci di fornire in breve termine informazioni selezionate e puntuali in ordine alla fondatezza dei sospetti esternati dalla magistratura. Solo una volta ricevute le informazioni richieste – nei limiti fissati dalle regole di legge che disciplinano la estensibilità delle risultanze istruttorie – può essere adeguatamente parametrata e delimitata la richiesta di cooperazione internazionale avanzata alla A.G., scongiurando il rischio di richieste (eccessivamente) esplorative, destinate nella maggioranza dei casi ad essere vane o non risolutive (se non addirittura rigettate de plano): vane ove non correttamente indirizzate e prive delle informazioni sufficienti a mettere in condizione la A.G. ricevente di operare in modo proficuo (e non potendosi pretendere che i magistrati riceventi pongano in essere ampie e lunghe indagini per conto della Autorità richiedente, avendo sovente solo una vaga idea delle finalità perseguite dei colleghi); non risolutive, ove destinate ad essere seguite da ulteriori indagini, il cui oggetto e le cui modalità devono essere determinate alla luce dei risultati delle rogatorie precedenti. Un esempio efficace di tali modalità di interrelazione e scambio internazionale di informazioni è dato da una recente indagine condotta dalla Procura di Palermo, culminata nel sequestro di ingenti capitali fittiziamente intestati a terzi e trasferiti nel territorio del Principato di Andorra da alcuni soggetti italiani raggiunti, poco prima, da misura di prevenzione reale.

7) Informatizzazione: emerge la necessità di informatizzazione nell'archiviazione delle richieste di cooperazione giudiziaria

8) Concentrazione dei poteri, o perlomeno la valorizzazione del ruolo della DNA in termini di controllo e coordinamento (Patrone suggerisce): “la dimensione internazionale richieda sempre un minimo di concentrazione di potere a livello centrale, cosa che ad esempio accade in Francia dove c'è un Ufficio che controlla gli atti in uscita, non li “impone”, ma quantomeno sa cosa si sta chiedendo e a chi... sennò si scivolerebbe nell'improvvisazione!”

9) Rapporti con paesi terzi. Criticità e proposta (tratto dalla audizione con Selvaggi): accordi della DNA. Come evidenziato da Selvaggi nella sua audizione presentano una qualche criticità gli accordi che la DNA è solita fare con altri Paesi. “Al riguardo è utile segnalare come il Ministero degli esteri abbia sempre guardato a tale attivismo con sospetto; sospetto dovuto al fatto che, sul piano internazionale, è appunto quel Ministero il soggetto che rappresenta il nostro Paese. Nella pubblicazione della Collana di manuali di pratica consolare ed amministrativa del Ministero degli Affari esteri [Procedure pratiche relative alla stesura degli accordi internazionali, Roma, maggio 1998, p. 4, del Servizio del Contenzioso diplomatico, Note sull'applicazione della circolare n. 5 del 19 aprile 1995], appare una conclusione tranchante: premesso che “ogni atto internazionale stipulato da organi non appartenenti al potere esecutivo va inquadrato come una ingerenza nella sfera esclusiva di quest'ultimo e quindi suscettibile di generare un conflitto tra poteri dello Stato”, conclude nel senso che “non possono essere ammessi atti internazionali che non siano stati stipulati dall'autorità a cui compete ab initio tale potere.... Da ciò consegue che quegli atti debbono essere considerati nulli”.

Questa prassi, come detto, non è ben vista dal nostro Ministero degli esteri. Con conseguenze, devo dire, non sempre gradevoli: a volte capita che si ricevano richieste di

cooperazioni giudiziaria che invocano il rispetto di questi accordi o che comunque invocano cooperazione giudiziaria sulla base del principio di reciprocità. Obblighi e reciprocità, invece, insussistenti sotto il profilo del diritto internazionale.

Non sarebbe forse esercizio inutile quello di verificare la perdurante validità di tale affermazione ed eventualmente l'opportunità di prevedere moduli di intervento adeguati alle rapide mutazioni delle forme della criminalità, specie quella organizzata, in un mondo globalizzato (accordi in tema di investigazioni richiedono sempre l'intervento del Parlamento?). La nostra costituzione prevede (art. 80) che la ratifica di trattati internazionali sia autorizzata dalle Camere, io avevo studiato (svolgevo le funzioni di Capo del Dipartimento degli affari giustizia) la possibilità di fare degli accordi di cooperazione bilaterali che non richiedessero la ratifica parlamentare, nel contesto di una vicenda che vedeva un cittadino italiano condannato in Kazakistan invocare un trasferimento in Italia per quivi scontare la pena inflitta all'estero. La questione meriterebbe di essere ulteriormente esaminata. ...”.

9) Buona Volontà: Come emerge dalle audizioni, nel settore dell'assistenza giudiziaria è fondamentale la buona volontà di cooperare, che ha consentito alle autorità italiane di cooperare nonostante, ad esempio, la mancata attuazione della convenzione del 2000 sull'assistenza giudiziaria, operiamo ancora con gli strumenti della convenzione del '59.

PROPOSTA 11: La Rete giudiziaria europea e i suoi rapporti con Eurojust

La necessità della coesistenza delle due strutture giudiziarie Eurojust e la Rete giudiziaria europea e l'esigenza di una “ridefinizione” dei loro rapporti di collaborazione (anche attraverso l'istituzionalizzazione di “canali” telematici che ne incrementino le possibilità di comunicazione diretta e continua) costituiscono obiettivi espressamente enunciati nei considerando nn. 5, 6 e 8 della decisione 2008/976.

Si tratta, del resto, di linee di orientamento ormai stabilmente fatte proprie dalle istituzioni comunitarie ed espressamente enunciate nello stesso Trattato di Lisbona, il cui art. 85, par. 1, lett. c), individua tra i compiti da assegnare ad Eurojust (oltre all'avvio ed al coordinamento di indagini ed azioni penali) il potenziamento della cooperazione giudiziaria, “anche attraverso..... una stretta cooperazione con la Rete giudiziaria europea”.

La necessità di chiarire le rispettive funzioni dei due organismi, evitando inutili sovrapposizioni nell'ambito di un quadro di relazioni basato sui principi di complementarità e di reciproca consultazione, viene ribadita anche nel considerando n. 19 della decisione 2009/426/GAI del Consiglio del 16 dicembre 2008, relativa al rafforzamento dell'Eurojust, che peraltro ritiene necessario preservare, al contempo, la specificità della Rete giudiziaria europea.

Nella sua nuova articolazione funzionale, dunque, la Rete giudiziaria tende ad assumere, sia pur mantenendo una sua formale autonomia, il ruolo di “braccio operativo” dell'Eurojust, incrementandone le capacità di coordinamento investigativo attraverso una più razionale ed efficace organizzazione della presenza dei punti di contatto sul territorio dell'Unione europea.

PROPOSTA N. 12. I diritti della difesa (relazione De Amicis – Prof. Siracusano – Prof. Paola Maggio): timori e nuove prospettive.

Lo strumento attraverso il quale perseguire l'obiettivo di un bilanciamento della prospettiva del reciproco riconoscimento con la concorrente esigenza di una più omogenea ed efficace tutela delle garanzie difensive è stato individuato sin dalla elaborazione delle raccomandazioni contenute nel Programma di Stoccolma del 10-11 dicembre 2009, ove si è tracciata una road map fondata sulla linea di una progressiva finalizzazione delle direttive in tema di diritti e garanzie della difesa, il cui pronto ed omogeneo recepimento da parte degli Stati membri può consentire di dare ingresso, nelle procedure di cooperazione giudiziaria, alle diverse soluzioni raggiunte in quei settori dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, imponendo in tal modo, grazie al giuoco di rimandi operato sia dall'art. 6 TUE che dall'art. 52 della Carta di Nizza, una diretta subordinazione, in capo al giudice nazionale, degli standards di protezione elaborati dalla Corte EDU .

Si deve ricordare, infatti, che si è assistito, nel breve volgere di pochi anni, ad una singolare trasmutazione di istituti fondamentali del processo e della cooperazione giudiziaria penale: dall'extradizione al mandato di arresto europeo; dalla commissione rogatoria all'ordine europeo di indagine penale, con un fugace transito sul mandato europeo di ricerca della prova; dagli strumenti convenzionali che regolavano dal 1983 le procedure di trasferimento delle persone condannate ai nuovi meccanismi di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze di condanna pronunciate dalle autorità degli Stati membri ai sensi della decisione quadro 2008/909/GAI del 27 novembre 2008, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 7 settembre 2010, n. 161. Non v'è dubbio, tuttavia, che la linea di intervento che ha segnato per circa un decennio l'attività del legislatore europeo sia stata connotata, probabilmente per ragioni di urgente difesa dalla crescente diffusione di incontrollabili fenomeni criminali di dimensione transnazionale, da una preminente valorizzazione degli obiettivi di miglioramento dell'efficacia dei meccanismi di funzionamento della cooperazione giudiziaria e di polizia, trascurando le concorrenti esigenze di bilanciamento interno alla costruzione di un modello processuale che si sarebbe rivelato inevitabilmente deforme, in assenza di un'adeguata predisposizione di presidi a tutela dell'effettivo esercizio delle garanzie difensive.

Questa linea d'intervento ha contraddistinto la genesi e le modalità di azione dei nuovi "organi investigativi para- accusatori" impegnati nell'accertamento degli illeciti in danno delle risorse comunitarie e, più in generale, dei reati transnazionali: nell'istituire Eurojust, come puntualmente osservato, non si è provveduto ad individuare mezzi e strumenti che un interlocutore privato possa opporre ai poteri di tale organo (poteri che si vanno gradatamente estendendo se si considera il ruolo che Eurojust esercita in tema di conflitti di giurisdizione); analoga scelta, inoltre, è stata fatta, quanto meno inizialmente, con riferimento ai poteri d'indagine esercitati da Olaf (i cui risultati costituiscono spesso il presupposto di un sempre più frequente numero di procedimenti nazionali); identica considerazione si registra, infine, a proposito delle investigazioni di Europol e, più in generale, in relazione alla disciplina della diffusione dei dati e delle informazioni fra organi di polizia.

In tutti questi casi, alla difesa non è stata riservata alcuna reale capacità d'intervento e di attivazione reale, rispetto a quello che di solito le viene riconosciuto negli ordinamenti processuali dei Paesi europei.

Un sensibile mutamento di marcia è rinvenibile, di contro, nell'adozione del complesso sistema di direttive tracciato dal Programma di Stoccolma del 2009, conferendo maggiore solidità alle prospettive di tutela dei diritti e delle garanzie difensive della persona coinvolta in un procedimento penale; è un salto di qualità chiaramente visibile sia nell'ambito delle procedure di consegna, sia in quelle finalizzate all'acquisizione ed alla trasmissione dei risultati probatori: da un lato, il rafforzamento delle garanzie partecipative e del diritto all'assistenza difensiva anche nel Paese emittente sembra connotare i tratti evolutivi del nuovo procedimento di esecuzione del M.A.E., dall'altro lato il riconoscimento di una maggiore capacità d'intervento e di "innovativi" spazi di operatività "autonoma" dell'ufficio difensivo sembra emergere anche nella attività di raccolta di prove transfrontaliere, ove si consideri che l'emissione di un ordine di indagine penale può essere richiesta da una persona sottoposta ad indagini o da un imputato, ovvero da un avvocato che agisce per conto di questi ultimi, nel quadro dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale (ex art. 1, par. 3, direttiva 2014/241/UE). Senonchè, a fronte dell'assenza di puntuali previsioni sanzionatorie, sono proprio i giudici nazionali a trovarsi di fatto investiti di un'inedita funzione di supplenza nell'ottica, per vero tutta sostanzialistica, di tutela dei diritti fondamentali

nell'ambito della circolazione extra-territoriale dei provvedimenti esteri, e in particolare degli atti probatori, con il conseguente pericolo di una frammentarietà e disorganicità di opzioni interpretative in tema di rispetto della sostanza delle garanzie difensive e dei principi del giusto processo nelle modalità di acquisizione e nella successiva valutazione di compendi probatori liberamente "circolanti" sul territorio dell'Unione: rischio, questo, che anche una decisa riaffermazione del principio del primato degli standards imposti dal diritto euro-unitario potrebbe non necessariamente soddisfare appieno¹⁷, in assenza di un quadro normativo comune e in presenza, al contempo, di un più elevato livello di tutela dei diritti fondamentali eventualmente assicurato dalle regole probatorie fissate nell'ordinamento interno.

Si evidenzia in tale direzione (Prof. Siracusano) che il solco tracciato dall'art. 82.2 del TFUE, nell'orbita di un'armonizzazione "minimale" delle regole di ammissibilità della prova, benché non adeguatamente seguito dalla direttiva 2014/41/UE istitutiva dell'OEI, indica una strada che, in relazione ai procedimenti transnazionali concernenti la criminalità organizzata, si presenta densa di incognite e foriera di rischiose derive antigarantistiche. Come spesso è avvenuto in ambito europeo, un accordo politico potrebbe più facilmente trovarsi in relazione ad alcuni più circoscritti settori; ad esempio, in prima battuta, proprio limitandone l'ambito di operatività proprio ai processi che riguardano reati di criminalità grave (quale è quella organizzata) con dimensione transnazionale. Qui, però, la convergenza, spinta dall'interesse a trovare soluzioni più adeguate in chiave repressiva, potrebbe assestarsi su di uno standard di garanzie assolutamente insufficiente in termini generali; lungo «binari speciali» meno garantiti perché dedicati, in via esclusiva, a fenomeni di particolare allarme

sociale. Il pericolo, sull'abbrivio dato da scelte caratterizzate da un migliore impatto in quanto ad efficienza, è che queste "regole minime" meno garantite finiscano, però, con acquisire una forte carica espansiva, trascinando al di là dei limiti originariamente imposti. Se ciò avvenisse, i «binari speciali» finirebbero con l'elevarsi a livello di regole comuni europee, con un evidente grave vulnus di garanzie: sia individuali, sia epistemiche. Un'evenienza, questa, intollerabile e che neanche la qualifica "europea", affidabile alla prova così formata, varrebbe a rendere meno odiosa.

Compatibilità con la Cedu del doppio binario (Prof. Maggio)

(Contributo Prof. Maggio) In materia è fondamentale anche l'influenza culturale del modello CEDU riguardo alla tenuta delle norme processuali relative ai fatti di criminalità organizzata. Fra le disposizioni eccezionali più a rischio di frizione con i precetti europei deve menzionarsi l'art. 190-bis c.p.p. che originariamente prevedeva un iter acquisitivo della prova speciale per i processi enucleati dall'art. 51, comma 3-bis, c.p.p., e imponeva la tutela di un prodotto probatorio, già definito e pienamente utilizzabile. L'originaria formulazione della norma, pur corretta ed edulcorata dalla l. n. 63 del 2001 per renderla più compatibile con 17 Corte giust. UE (Grande Sezione), 26 febbraio 2013, Melloni, C-399/11. i principi costituzionali del "fair trial" di diretta derivazione europea, presenta ancora degli aspetti poco compatibili con il valore essenziale del contraddittorio.

Ciò nonostante, nuove emergenze politico- criminali hanno esteso questo peculiare regime derogatorio anche all'accertamento processuale dei fenomeni di tratta degli esseri umani ove, soprattutto negli ultimi anni, si sono registrati degli sviluppi dei problemi legati alla deroga probatoria¹⁸. Recentemente, il legislatore è intervenuto con il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 in particolare al fine di porre rimedio alla valutazione individualizzata della "vulnerabilità", presupposto di applicazione dell'art. 190, comma 1-bis, c.p.p. per le fattispecie penali legate al traffico di esseri umani

19. Spesso i meccanismi inferenziali del giudice erano infatti legati alla mancata esistenza di spiegazioni alternative rispetto alla condotta del teste subornato o minacciato e si riflettevano negativamente sull'obbligo motivazionale idoneo a giustificare l'alterazione del contraddittorio, appiattendolo la deroga probatoria su contenuti di tipo "vittimologico". Appariva pertanto necessaria una correzione legislativa interna al disposto dell'art. 190, comma 1 bis, c.p.p., non risultando soddisfacenti interpretazioni estensive, seppure sostenute da prospettive di "tutela integrata" delle vittime. La correzione è stata operata dal legislatore, con una riscrittura del comma 1-bis dell'art. 190- bis c.p.p. utile a riferire espressamente l'eccezione a tutte le persone offese che versino in condizione di particolare vulnerabilità. Tale nuova deroga si affianca così a quella, già esistente, in favore del minore di anni sedici, in pendenza di alcuni reati di violenza sessuale e pedofilia. L'ampliamento normativo del catalogo codicistico, ispirato dalla volontà di porre rimedio alle incertezze applicative, si espone tuttavia all'evidente obiezione relativa al progressivo svuotamento del rapporto regola-eccezione, con un'area derogatoria al principio di immediatezza che si fa sempre più ampia, travalicando i fatti di criminalità mafiosa.

La Corte costituzionale italiana ha sinora mostrato una linea di salvaguardia delle disposizioni di “doppio binario”, pur ribadendone un’accezione limitata ed intesa in termini di stretta eccezionalità per esempio con riguardo alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare per questa tipologia di reati (Ex plurimis, C. cost., 21/7/2010, n. 265, in Dir.pen.proc., 2010,949) o per altre deroghe codicistiche (C. cost., 14/1/2006, n. 372, in Arch. n. proc.pen., 2008, p. 119). Anche nella giurisprudenza della Corte di cassazione (Sez.I,12/1/2001, Bagarella, in C.E.D. Cass., n. 219626; Sez. VI, 22/1/1997, Dominante, in Giust.pen.,1998, II, p.499) traspare la considerazione delle peculiarità soggettive ed oggettive dei procedimenti relativi al crimine organizzato cui non sempre è possibile fornire adeguate “risposte” seguendo le norme ordinarie del codice. Sulla stessa scia, in talune decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo si è rimarcata la specificità dell’accertamento processuale dei fatti di criminalità organizzata (C.eur.dir.uomo,24 agosto 1998, Contrada c. Italia, in <http://hudoc.echr.coe.int>). La strada sinora percorsa sembra dunque confermare la possibilità di strategie normative diversificate che si muovano ovviamente nel rispetto dei principi di fondo del sistema e non alterino l’impianto del processo e allo stesso modo, sul fronte del diritto penale sostanziale, si registra la flessibilizzazione di taluni diritti e talune garanzie nel bilanciamento con le contrastanti ragioni della sicurezza (altresì ECHR, Graviano c. Italy, 10 febbraio 2005).

Può dirsi oramai affermata una considerazione “euro unitaria” della tutela processuale delle prove dichiarative, notevolmente estesa ed è altresì svincolata dalle singole nozioni statuali di “testimone”²⁰, che ricomprende il teste de relato²¹, il “co-imputato” e l’ “imputato in un procedimento connesso o collegato”²². Anche in quest’ambito si deve però segnalare la necessità di contemperare queste tutele con le giuste esigenze di rispetto del diritto di difesa dell’accusato e del diritto al contraddittorio con il proprio accusatore²³. Invero, nel bilanciamento degli interessi spesso confliggenti, i diritti della difesa ex art. 6 della CEDU risultano compromessi ogniqualvolta la condanna si fonda, esclusivamente, sulla deposizione di soggetti non esaminati in contraddittorio né nel corso delle indagini né durante il processo²⁴.

Può affermarsi infatti che il fair trial ha oramai assunto l’effigie di un modello variabile che, in talune occasioni, riconosce una fisionomia peculiare al contraddittorio in funzione della tipologia delle vittime e della loro debolezza²⁵, ma mantiene comunque il suo epicentro nella tutela dell’indagato (presunto innocente),

«altrettanto indebolito dalla stessa pendenza del processo, i cui diritti difensivi rimangono comunque inviolabili²⁶». Pertanto, ogni eventuale deroga all’usuale audizione in contraddittorio delle vittime per garantire il diritto alla privacy o evitare loro traumi scaturenti dal confronto diretto con l’accusato (soprattutto con riguardo a fenomenologie delittuose particolarmente lesive) non deve mai spingersi sino alla totale obliterazione delle garanzie dello stesso imputato.

Si impone, dunque, una visione “duale” e contestuale, dei diritti della vittima e del reo, a ulteriore riprova delle gravi problematiche processuali e dei delicati bilanciamenti di interessi legati al contrasto penale di queste peculiari fenomenologie delittuose²⁸.

PROPOSTA DI PARTE SPECIALE n. 1

CRIMINALITÀ ORGANIZZATA E CRIMINALITÀ INFORMATICA (“CYBER – ORGANISED CRIME”) (CONTRIBUTO FLOR – LUPARIA)

Diritto penale sostanziale

- a) Elementi strutturali del cyber-organised crime
- b) Ruoli e responsabilità dell’ISP Giurisdizione e competenza nel cyberspace
- c) Giurisdizione e competenza nel cyberspace

Sarebbe auspicabile tener conto dei nuovi “modelli” di associazione o organizzazione criminale, che possono essere diretti alla commissione, o al concorso nella commissione, sia di reati informatici c.d. propri che di reati informatici c.d. impropri.

Dovrebbero essere presi in considerazione i diversi elementi strutturali flessibili del cyber-organised crime, in specie la a-territorialità e/o transnazionalità, che non lo identificano in una cultura o sub cultura, ovvero in una dimensione storica o territoriale, ma che possono perseguire scopi “corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso” (art. 416 bis c.p.). Sul piano sanzionatorio, fermo restando l’auspicio di rafforzamento delle attività di natura preventiva, non risulterebbe illogico un aumento di pena per quelle attività illecite che, sulla base dei risultati empirici e degli studi criminologici, vengono realizzate interamente dal cyber organised crime o da questo offerte a singoli o a organizzazioni criminali c.d. tradizionali.

18 L. 11 agosto 2003, n. 228.

19 Cass., sez. III, 9 marzo 2004. Conformi Cass., sez. I, 26 novembre 2015; Cass., sez. I, 23-10-2014.

20 ECHR, Engel c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976 (reperibile sul sito <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>.) Ai fini dell’attribuzione di tale status è sufficiente che le dichiarazioni rese siano idonee a incidere concretamente sulla formazione del convincimento dell’organo deputato a esprimere il giudizio in ordine alla responsabilità dell’imputato.

21 *Altre volte è stato considerato “testimone” l’autore di dichiarazioni riportate mediante testimonianza indiretta o tramite lettura in udienza, senza alcuna considerazione per l’effettiva presenza in aula (ECHR, Windisch c. Austria, 27 settembre 1990, in <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>).*

22 ECHR, Lucà c. Italia, 27 febbraio 2001, (<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>). S. MAFFEI, *Prove d’accusa e dichiarazioni di testimoni assenti in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in Cass. pen., 2001, p. 2836.

23 Cfr. ECHR, Bocos-Cuesta c. Paesi Bassi, 10 novembre 2005, § 69; ECHR, P.S. c. Germania, 20 dicembre 2001, § 22-23 (<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>).

24 Si vedano, fra le altre, ECHR, A.M. c. Italy, 14 dicembre 1999; ECHR, Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi, 30 novembre 1997, (tutte rinvenibili sul sito <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>).

Rimane ad oggi irrisolta la questione relativa alla responsabilità del fornitore del servizio (Internet Service Provider), la cui collaborazione risulta però indispensabile nell'ambito delle indagini penali nel cyberspace.

- 1) Sarebbe auspicabile aggiornare la definizione di “fornitore di servizio” e dei servizi offerti nella società dell'informazione (anche ampliando le attività previste dalla direttiva 2000/31/CE, ormai obsoleta). Anche se la ridefinizione di ruoli, compiti e responsabilità dell'ISP dovrebbe provenire dall'Unione europea.
- 2) Sarebbe comunque auspicabile precisare gli obblighi di cooperazione in capo a tale soggetto nell'ambito delle investigazioni, nonché le conseguenze (sul piano della responsabilità) in caso di inadempimento (ad esempio per la mancata rimozione di contenuti illeciti a seguito di un provvedimento dell'autorità giudiziaria).
- 3) Risulta essere cruciale, però, prendere posizione sulla natura della responsabilità (solo civile oppure anche penale), tenendo presente il dibattito scientifico, in Italia ed in Europa.

Sulle questioni di giurisdizione e competenza nel cyberspace si è assistito a oscillazioni interpretative giurisprudenziali, seppur legate a settori specifici. Emblematica è la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione sulla questione di competenza per il reato di accesso abusivo a sistemi informatici (Cassazione penale, SS.UU., 24 aprile 2015, (c.c. 26 marzo 2015), n. 17325). Tale decisione ha contribuito, infatti, ad evidenziare le criticità patologiche che investono non solo le regole giuridiche che governano le questioni di competenza nel cyberspace, ma anche l'approccio ed il “metodo” interpretativo giurisprudenziale, che trova notevoli difficoltà di adattamento, anzitutto “culturale”, al mutato contesto tecnologico della società di Internet. Il reato di cui all'art. 615 ter c.p. si consuma, in caso di accesso non autorizzato, con l'instaurazione del dialogo logico con il sistema informatico o telematico del titolare e, in caso di mantenimento abusivo, con la violazione delle disposizioni del titolare. L'azione umana penalmente rilevante si manifesta esteriormente non tanto con la digitazione di comandi sulla tastiera, bensì dopo la

25 Si pensi alle peculiarità dei processi per reati sessuali, espressamente riconosciuta da ECHR, Lučić c. Croazia, 27 febbraio 2014, § 73 (<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>), che afferma la necessità di un'interpretazione flessibile dell'art. 6 della CEDU. “Because of the dangers of the admission of such evidence, it would constitute a very important factor to balance in the scales and one which would require sufficient counterbalancing factors, including the existence of strong procedural safeguards”. In precedenza, ECHR, W. c. Finlandia, 24 aprile 2007, *ivi*, § 45.

26 Così, O. MAZZA, Misure di protezione della vittima fonte di prova, in *Giur. it.*, 2012, p. 475 ss.

27 Cfr. ECHR, Lučić c. Croazia, 27 febbraio 2014, *cit.*, § 75; ECHR, S.N. c. Sweden, 1 novembre 2001, § 47, ECHR, Zdravko Petrov c. Bulgaria, 23 giugno 2011, § 35 (<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>).

28 ECHR, Ben Moumen c. Italy, 31 maggio 2016 (<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>).

mediazione di processi logici di automazione e di “intermediari” tecnici che consentono la produzione degli effetti di quella attività. In altri termini il dialogo logico e la violazione delle disposizioni del titolare possono realizzarsi dopo l’autenticazione da parte del sistema di destinazione. Non rileva tanto l’“ambito territoriale”, bensì il legame fra il titolare, lo “spazio informatico” ed il bene giuridico protetto, quale nuova manifestazione del diritto fondamentale alla riservatezza, a prescindere dalla collocazione fisica del sistema, che potrebbe o meno corrispondere con quella in cui è situato il server, ma potrebbe anche non essere determinabile. Questa tesi rafforza la proposta di «ripensare il collegamento tra un dato elettronico che funge da prova in un procedimento penale e il territorio, e quindi la giurisdizione, di uno Stato membro. Di fronte alla constatazione che parlare di collocazione territoriale nei confronti di dati elettronici è sempre più illusorio, bisogna valutare se possono esserci dei criteri diversi da quello territoriale sulla base dei quali considerare un certo dato elettronico collegato ad una giurisdizione ai fini della sua acquisizione, sia diretta che transfrontaliera» (v. audizione De Matteis).

Proposta.

1) Risulterebbe opportuno, dunque, rivedere le norme di cui agli artt. 8 e 9 c.p.p., tenendo presente altresì la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (Corte di Giustizia UE, 25 ottobre 2011 (C-509/09, C- 161-10) che, in tema di vittima di una lesione di un diritto della personalità per mezzo di Internet ha affermato che quest’ultima «può adire un foro, a seconda del luogo di concretizzazione del danno cagionato da detta lesione nell’Unione europea, per la totalità di tale danno. Poiché l’impatto, sui diritti della personalità di un soggetto, di un’informazione messa in rete può essere valutata meglio dal giudice del luogo in cui la presunta vittima possiede il proprio centro di interessi, l’attribuzione di competenza a tale giudice corrisponde all’obiettivo di una buona amministrazione della giustizia»

DATA RETENTION

2) DATA RETENTION.

Alla luce della sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea sulla c.d. data retention del 2014 (seguita da una ulteriore decisione del 2016 – richiamata anche da audizione De Matteis) è urgente intervenire sulla disposizione di cui all’art. 132 Codice privacy, in modo da renderla compatibile con gli standard previsti dalla medesima decisione [elenco di reati gravi per cui è possibile disporre l’accesso ai dati (non per qualsiasi reato); autorità competente (giudice) ad emanare il provvedimento di acquisizione; requisiti e modalità di accesso e acquisizione nell’ambito delle indagini difensive che rispettino le medesime garanzie; definizione di disciplinari tecnici, periodicamente da rivedere ed aggiornare, che possano consentire la “verificabilità” dell’attività di estrazione svolta; previsione di elevate misure di sicurezza relative all’archiviazione dei dati; previsione delle conseguenze “sanzionatorie” in caso di accessi e acquisizioni in difformità della legge e dei disciplinari tecnici (inutilizzabilità, nullità ecc.)].

3. Captatore informatico (c.d. “Trojan di Stato”)

È indispensabile disciplinare l'uso del c.d. captatore informatico, partendo dal necessario superamento del “difetto” definitorio di “intercettazione” fra gli ambiti sostanziale e processuale. A) Sarebbe auspicabile non limitarne l'uso alle attività di intercettazione, ma consentirne l'utilizzo per l'accesso segreto a sistemi informatici (compresi gli smartphone), quale mezzo per la ricerca della prova. B) E' essenziale, a tale scopo, prevedere specificatamente casi (ad esempio solo per un catalogo ristretto di reati particolarmente gravi), modi (tecnici e giuridici) e tempi di utilizzo, che devono essere coperti da un provvedimento dell'autorità giudiziaria. C) L'assenza di un singolo requisito tecnico procedurale dovrebbe poter rendere «inutilizzabili le prove raccolte o comunque determinare dubbi sulla loro integrità e genuinità». D) È fondamentale che il disciplinare tecnico sia soggetto a continua revisione da parte delle Autorità Competenti con rilascio periodico di aggiornamenti tecnici-funzionali-procedurali. È di tutta evidenza infine che il decreto ministeriale dovrà essere scritto con la partecipazione di tutte le professionalità giuridiche e tecniche necessarie nonché con i produttori dei sistemi informatici in questione e preveda specifici modelli di verificabilità dell'attività di indagine svolta, anche attraverso strumenti di certificazione dei softwares e, eventualmente, l'accessibilità al codice sorgente, solo per completare i requisiti di verificabilità e in extrema ratio.

4. Modelli di cooperazione fra ISP e Law enforcement

4. Modelli di cooperazione fra ISP e Law enforcement. Sarebbe auspicabile adottare, anche in questo settore, un modello di cooperazione fra ISP e LEAs simile a quello previsto dall'art. 2 del d.l. n. 7 del 2015 (Integrazione delle misure di prevenzione e contrasto delle attività terroristiche), convertito con la l. n. 43 del 2015, prevede un meccanismo di cooperazione forzata fra law enforcement e fornitori di servizi, nonché determinati obblighi in capo a questi ultimi. Tale modello non è privo di criticità. Ha però il pregio di disciplinare alcune attività che necessitano della collaborazione degli ISP [aggiornamento di un elenco di siti utilizzati per le attività criminali nel quale confluiscono le segnalazioni effettuate dagli organi di polizia giudiziaria; su richiesta dell'autorità giudiziaria procedente, inibizione dell'accesso ai siti inseriti nel menzionato elenco, secondo le modalità, i tempi e le soluzioni tecniche individuate e definite; indagini sotto copertura, anche per attivare o entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione; ordine, almeno con decreto motivato del PM ai fornitori di servizi ovvero ai soggetti che comunque forniscono servizi di immissione e gestione, attraverso i quali il contenuto relativo a attività criminali è reso accessibile al pubblico, di provvedere alla rimozione dello stesso e, in caso di mancato adempimento, l'interdizione dell'accesso al dominio internet nelle forme e con le modalità di cui all'art. 321 c.p.p., garantendo comunque, ove tecnicamente possibile, la fruizione dei contenuti estranei alle condotte illecite; tali attività si renderebbero necessarie per monitorare non solo il web, i social networks o i social media, ma anche il deepweb e, se occorre, singole darkne].

5. Rimozione di pagine web, blocco, inibizione.

Basti rilevare che nel nostro ordinamento non sono presenti strumenti quali quelli (più recentemente) disciplinati a livello europeo dalla direttiva in materia penale relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile (direttiva 2011/93/UE). Essa ha previsto,

- all' art. 15, co. 3, che gli Stati adottino tutte le misure necessarie per assicurare che le investigazioni, in questo settore, avvengano con mezzi adeguati ed effettivi, "al pari della lotta alla criminalità organizzata o ad altri gravi reati".
- Il successivo co. 4 dispone, inoltre, che gli Stati assicurino l'individuazione degli autori dei reati e delle vittime anche tramite l'analisi di immagini o prodotti audio video trasmessi o resi disponibili attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione.
- L'art. 25 della stessa direttiva prevede, infine, che gli Stati adottino le misure necessarie per assicurare la tempestiva rimozione delle pagine web contenenti immagini pedopornografiche, che abbiano host nel proprio territorio, ma con la possibilità di richiedere la stessa misura anche al di fuori dei limiti territoriali Stati, inoltre, possono adottare misure di blocco di accesso degli utenti alle pagine web contenenti materiali pedopornografici. La direttiva dispone che la disciplina di tale strumento debba prevedere una procedura trasparente e delle safeguards per garantire che la restrizione sia limitata, necessaria e proporzionata, con il diritto dell'utente ad essere informato del motivo della restrizione. Tale procedura dovrebbe altresì garantire il ricorso giudiziario avverso al provvedimento che dispone il blocco dell'accesso.

In sintesi, si tratta di strumenti specifici, predisposti per la lotta al fenomeno della pedopornografia on-line, adattabili alle esigenze repressive e preventive di attività criminose che trovano nel cyberspace l'ambiente esclusivo ed ideale di manifestazione.

6. Task force.

6) Task force. Sarebbe auspicabile l'istituzione, a livello nazionale, di una task force dotata di competenze tecniche/informatiche (a livello hardware, software e sistemistica) e soggetta ad un aggiornamento costante, in grado di poter operare nel web e nel deepweb, quanto meno collegata, nell'ambito dell'European Cybercrime Center (EC3) ed ai meccanismi di cooperazione previsti dalla Convenzione cybercrime, alla nuova Joint Cybercrime Action Taskforce (J-CAT), una taskforce di Europol multilaterale permanente per coordinare le investigazioni contro i network del cybercrime. Sarebbe altresì auspicabile l'adozione di piattaforme o tavoli di lavoro che prevedano la presenza di tutti gli operatori di diritto esperti nel settore (magistrati, avvocati, accademici e tecnici).

PROPOSTA DI PARTE SPECIALE n. 2.

TRAFFICO DI ORGANI E CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

A livello nazionale interno, alla luce di un'indagine comparatistica con altri importanti ordinamenti europei, emerge che l'Italia ha adottato una strategia repressiva abbastanza

adeguata in materia, anche sotto il profilo del contrasto all'intervento della criminalità organizzata: va accolto positivamente l'inserimento dell'art. 601bis, e degli altri delitti già precedentemente introdotti in materia, tra quelli il cui perseguimento da parte di un'associazione per delinquere richiede un trattamento aggravato per i capi, i promotori, i costitutori, gli organizzatori e i partecipi, ai sensi dell'art. 416, comma 6, c.p.; l'aggravante già introdotta con l'art. 7 del d.l. 152/1991 (conv. con l. 203/1991), inoltre, consente di sanzionare con un adeguato aumento di pena chi commetta tali delitti utilizzando il metodo mafioso o per agevolare l'attività di un'associazione mafiosa; la punibilità dei soggetti che commettano i reati di traffico fuori dai nostri confini nazionali, in deroga al principio di territorialità della legge penale, è assicurata dal naturale inserimento dell'art. 601bis nella sezione codicistica dei "Delitti contro la personalità individuale", per cui sarebbero applicabili gli speciali criteri di giurisdizione previsti dall'art. 604 del codice penale.

Si attende comunque un intervento di riforma che rafforzi la prevenzione e la repressione del traffico di organi, alla stregua di quanto finora avvenuto in relazione al delitto di tratta: in particolare, è opportuno

1) l'inserimento delle fattispecie tra quelle per cui l'art. 51, comma 3bis, c.p.p. prevede l'attribuzione delle indagini alle direzioni distrettuali antimafia (e, di conseguenza, tra i delitti in relazione ai quali il d.lgs. n. 159/2011 (artt. 4 e 16) applica le misure di prevenzione personali e patrimoniali ai soggetti indiziati della loro commissione, come soggetti a pericolosità qualificata e non a pericolosità generica come già previsto);

2) oltre che tra quelli per cui l'art. 9, comma 2, del d.l. n. 8/1991, per come convertito con modifiche

con la l. n. 82/1991 e successivamente modificato, prevede la concessione delle speciali misure di protezione ai collaboratori di giustizia.

3) Si auspica inoltre il suo collocamento tra i delitti per cui la condanna o l'applicazione di pena su richiesta comporta l'applicazione della confisca allargata di cui all'art. 12 sexies del d.l. 306/1992, per come convertito con la legge n. 356/1992.

PROPOSTA DI PARTE SPECIALE n. 3:

BEST PRACTICES E PROPOSTE NELLA LOTTA ALLA TRATTA (Contributo Procura di Palermo Ferrara– Spedale, vedi Audizioni trascrizioni - contributi)

Come emerge dalla relazione Ferrara – Spedale della procura di Palermo le problematiche connesse alla cooperazione giudiziaria si sono intensificate in relazione a fenomeni criminali come il traffico e la tratta di esseri umani (si rinvia alla relazione inserita tra i materiali di esperti). Invero, le indagini e i processi riguardanti il traffico di uomini, soprattutto lungo la rotta del Mediterraneo Centrale - che, allo stato, è quella maggiormente utilizzata -, hanno dato luogo a nuove sfide sul piano operativo e giuridico proprio perché la fase più importante del traffico di migranti via mare si svolge in un'area (le acque internazionali) dove di fatto si è da sempre ritenuto non esservi giurisdizione penale e dove, in verità, nessuno Stato aveva mai prima affermato la propria giurisdizione in passato. A ciò si aggiunga trattarsi di reati in sé di natura transnazionale e coinvolgenti eterogenee e nuove forme di criminalità organizzata. Infine, si consideri il necessario coinvolgimento di Stati africani e asiatici,

estranei all'Unione Europea, ove operano "reti criminali pluridimensionali", in grado di controllare ciascun flusso migratorio, dal paese di origine del migrante fino al paese di destinazione finale (in genere nel Nord Europa). Il problema della sussistenza della giurisdizione italiana appare ormai superato, seppure in via interpretativa grazie ad una pluralità di decisioni della giurisprudenza di legittimità (in materia si ricorda la fondamentale Cass. 11 marzo 2014 n. 18354). Ciò detto, si pone la questione delle effettive modalità di cooperazione internazionale per un efficace contrasto ad un fenomeno su cui non si può operare con le classiche e, ormai obsolete, forme di cooperazione basate sulla sola richiesta di commissione rogatoria. Ciò per vari ordini di ragioni: necessità di uno scambio rapido e completo di informazioni, sovente in tempo reale; rapporto contemporaneo con numerosi paesi coinvolti di aree geografiche diverse e sistemi giuridici spesso confliggenti; mancanza di strumenti internazionali di cooperazione con alcuni dei paesi di maggiore importanza, soprattutto in quanto luoghi di origine del fenomeno criminale; utilizzo da parte dei componenti dei gruppi criminali di strumenti di comunicazione di difficile intercettazione o perché connessi alle nuove tecnologie (social network come facebook o snapchat; comunicazioni a mezzo viber, tango, skype, whatsapp; uso del deep web e/ del dark web) ovvero, paradossalmente, perché fondati su sistemi arcaici, ma ugualmente non tracciabili (ad es. utilizzo del metodo hawala per i pagamenti dei viaggi dei migranti o delle consegne di stupefacenti). Tali considerazioni hanno indotto la Procura di Palermo ad avviare attività di coordinamento e cooperazione internazionale delle indagini secondo modalità estremamente flessibili e mutevoli, sia nei rapporti bilaterali che in quelli multilaterali, con il coinvolgimento, ad esempio, delle agenzie europee (prime tra tutte Eurojust) in tutta la fase delle indagini ovvero nella elaborazione e creazione di programmi ad hoc in relazione a specifiche situazioni. Si fa riferimento, ad esempio, alla collaborazione nell'ambito delle indagini denominate "Glauco" (relative a più associazioni a delinquere transnazionale finalizzate alla tratta ed al traffico di esseri umani, operanti in numerosi paesi, sia europei che non, contemporaneamente) in cui la collaborazione è apparsa necessaria: 1) per la identificazione dei soggetti; 2) per la individuazione dei flussi finanziari; 3) per la individuazione dei contatti dei trafficanti e/o delle vittime (con l'esecuzione di servizi di osservazione, intercettazioni, acquisizione di documentazione, individuazione dei luoghi di prima accoglienza, accertamento di proprietà immobiliari e così via); 4) per l'acquisizione legittima delle fonti di prova; 5) per la difficile individuazione nei paesi sub sahariani o nel Nord Africa dei maggiori trafficanti di uomini rimasti latitanti; 6) per la protezione dei soggetti che decidevano di collaborare con la giustizia e dei loro familiari rimasti nei paesi d'origine. In tal senso merita di essere richiamata l'esperienza specifica maturata in un caso per la individuazione e l'arresto di un trafficante di esseri umani operante tra l'Eritrea, il Sudan e la Libia in cui si è proceduto alla stipula di un vero e proprio memorandum of understanding ad hoc per il tracciamento, l'arresto e la estradizione basandosi sulla intermediazione di uno Stato terzo (la Gran Bretagna) con lo Stato (il Sudan) ove si trovava il latitante ed applicando, in assenza di trattati tra i paesi coinvolti, una interpretazione omnicomprensiva delle norme della Convenzione ONU sul crimine organizzato transnazionale e di quelle della cortesia internazionale.

Ugualmente, un'altra forma di collaborazione "atipica" certamente degna di nota è quella che vede tuttora protagonista la Procura di Palermo, sempre nell'ambito dell'attività di contrasto al traffico internazionale di esseri umani, in particolare lungo la c.d. rotta Mediterranea Centrale (sull'asse Centro Africa, Libia, Sicilia, Nord Italia, Nord Europa). In tale contesto, a seguito di un incontro tra le Autorità Giudiziarie e di Polizia dei Paesi Bassi, del Regno Unito, della Corte Penale Internazionale e, per quanto riguarda l'Italia, della Procura di Palermo e della Polizia di Stato, si è deciso di costituire un team misto A.G./P.G. per lo scambio di informazioni e per la adozione di strategie investigative comuni (da espletare poi per ciascuna Istituzione nel territorio di propria competenza) al fine di intensificare una collaborazione più intensa e concreta nella lotta contro le organizzazioni criminali che operano sulle rotte migratorie dall'Africa verso l'Europa, e in special modo contro i capi delle predette organizzazioni criminali e per la aggressione ai loro patrimoni illeciti. Invero, come emerso dalle indagini tali gruppi criminali sono responsabili del traffico di decine di migliaia di persone dalla Libia verso l'Italia e il Nord Europa (compresa la Gran Bretagna e l'Olanda), spesso in condizioni disumane, e della morte di centinaia di persone nonché di altri reati connessi alle medesime attività criminali (come ad es. violenze sessuali, riciclaggio, reati contro la fede pubblica ed altri) per i quali sarebbe anche possibile che talune di tali condotte criminose possano integrare anche crimini contro l'umanità idonei a radicare la giurisdizione della Corte Penale Internazionale. Si è, pertanto, formalizzata una proposta di cooperazione internazionale tra tutti i soggetti partecipanti con la redazione e la approvazione delle fondamentali linee guida per i futuri approfondimenti e la elaborazione di attività congiunte in particolare sul territorio libico.

Le direttrici di tale strategia di contrasto sono state individuate come di seguito indicato: individuazione e arresto dei maggiori latitanti operanti nell'area nordafricana ed in particolare in Libia; scambio informativo costante al fine di procedere alla emissione di mandati di arresto internazionale nei confronti dei componenti delle principali organizzazioni criminali operanti sulla rotta mediterranea per il traffico di migranti attraverso una lettura congiunta delle risultanze investigative acquisite dai diversi partner e soprattutto di quelle acquisite dai soggetti (come la CPI) che possono instaurare diretti rapporti di cooperazione; individuazione dei flussi finanziari riconducibili a tali gruppi criminali sia in Africa che in Europa che nei paesi offshore al fine della eventuale aggressione di tali illecite ricchezze.

Sono stati anche elaborati alcuni possibili protocolli di indagine e pianificato un costante raccordo tra le diverse Autorità al fine di conseguire risultati comuni in un progetto che presenta elementi innovativi per la contestuale partecipazione di AA.GG. e Forze dell'Ordine nazionali di diversi paesi europei e di una Istituzione con competenza sovranazionale per crimini contro l'umanità quale la Corte Penale internazionale. Si è così riusciti a sviluppare una forma di collaborazione anche verso paesi, come ad es. la Libia o gli Emirati Arabi, con i quali allo stato non vi era alcuna forma di cooperazione.

PROPOSTE

- 1) definire regole chiare e reciprocamente accettate sulla giurisdizione degli Stati dell'Unione europea, per es. proprio in relazione al traffico di migranti laddove la condotta, accertata e interrotta in acque internazionali, sia in realtà rivolta a conseguire il risultato dell'ingresso dei migranti nel territorio di uno Stato membro; ciò è utile in quanto si registrano alcune riserve poste dai dispositivi europei operanti nel Mar Mediterraneo nell'ambito di Missioni Internazionali di soccorso proprio in ordine al mancato riconoscimento della giurisdizione da parte degli Stati coinvolti. In tal senso sarebbe altresì utile una modifica finalizzata ad affermare la possibile sussistenza della giurisdizione anche in relazione a fatti commessi fuori del territorio di uno Stato Membro dell'UE, quando il reato può avere effetto nel territorio di uno Stato Membro;

- 2) istituzionalizzare una più efficace cooperazione a livello europeo, soprattutto nelle fase delle indagini, prevedendo uno scambio immediato delle informazioni raccolte tramite servizi di intelligence o agenzie e missioni dell'Unione Europea, quali Frontex ed Europol, o dai singoli Paesi impiegati in tali scenari, laddove potenzialmente utili a fini investigativi. In tal senso si potrebbe prevedere un inquadramento delle squadre internazionali della Task force per l'Immigrazione Frontex come forze dell'ordine a supporto delle autorità giudiziarie e della p.g. competente;

4) rafforzare la cooperazione giudiziaria con i paesi di partenza e di transito (soprattutto nel caso dei flussi migratori), al di fuori dell'Unione Europea, anche tramite l'implementazione piena ed efficace della Convenzione dell'ONU sul Crimine Organizzato transnazionale e dei Protocolli su traffico e tratta, e con la previsione di sistemi di monitoraggio sull'opera di effettivo adattamento delle legislazioni e delle prassi più efficaci e cogenti di quelli attuali.

TUTELA DELLE VITTIME DI TRATTA: Riforme auspicabili nella normativa nazionale a tutela delle vittime della tratta di persone (Relazione Nicodemi, vedi materiale esperti già pubblicato)

TUTELA DELLE VITTIME DI TRATTA.

L'ordinamento nazionale, in particolare in seguito al recepimento della direttiva 2011/36UE, contiene norme piuttosto favorevoli per la tutela e assistenza delle vittime della tratta di persone, tuttavia vi sono alcune importanti disposizioni contenute nelle principali convenzioni internazionali e nelle direttive europee che necessitano di essere pienamente recepite.

In particolare:

1) Per quel che concerne la norma che sanziona la specifica condotta della tratta di persone, di cui all'art. 601 c.p., sarebbe opportuno introdurre una modifica che, in

recepimento dell'art. 2 della Direttiva europea e dell'art. 4 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta alla tratta, preveda espressamente che il consenso della vittima allo sfruttamento è irrilevante in presenza di uno dei metodi coercitivi previsti.

2) Inoltre, sembra utile l'introduzione di una norma che, come disposto dall'art. 8 della Direttiva europea e dall'art. 26 della Convenzione del Consiglio d'Europa, contenga una clausola di non punibilità per chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto come conseguenza diretta di uno degli atti di cui agli artt. 600 e 601 c.p.

3) Dovrebbero anche introdursi norme nel codice di procedura penale volte al corretto recepimento delle disposizioni contenute nell'art. 12 della Direttiva europea, idonee a garantire la tutela delle vittime nelle indagini e nei procedimenti penali in cui rivestono la qualità di parti offese.

4) In recepimento all'art. 17 della direttiva europea e dell'art. 15 della Convenzione del Consiglio d'Europa, dovrebbe introdursi la garanzia di effettive forme di risarcimento alle vittime dei reati connessi alla tratta degli esseri umani e alle altre forme di grave sfruttamento, stante l'evidente limitatezza della previsione di cui all'art. 6 del D.Lgs. 24/2014.

5) In recepimento a quanto previsto dall'art. 11 par. 3 della Direttiva europea 2011/36/UE e dall'art. 14 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani del 16.05.05, sembra opportuno che sia introdotta una norma che preveda, in modo maggiormente chiaro rispetto a quanto non sia oggi la norma vigente, che la collaborazione della vittima nel procedimento penale non è condizione necessaria per l'assistenza e la tutela dei diritti delle vittime, anche per quanto riguarda il rilascio del permesso di soggiorno.

6) Sotto tale ultimo profilo è opportuno che l'art. 18 D.Lgs. 286/98 - norma che prevede il rilascio dello speciale permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale in favore degli stranieri che siano stati vittime di grave sfruttamento e di altri gravi delitti tra cui quelli di cui all'artt. 600 e 601 c.p. - preveda espressamente la possibilità di tale rilascio anche a prescindere dalla collaborazione con l'Autorità Giudiziaria.

7) Sotto il profilo del permesso di soggiorno in favore delle vittime di tali reati, al fine di garantire loro un effettivo inserimento nel contesto socio-lavorativo, sarebbe inoltre opportuno estendere a 2 anni la durata del titolo di soggiorno (attualmente, della durata di 6 mesi rinnovabile per un anno o per il periodo occorrente per motivi di giustizia), analogamente alla durata del permesso di soggiorno per motivi umanitari ex art 5 co 6 D.Lgs. 286/98.

8) Inoltre, l'Italia dovrà sicuramente adeguarsi rispetto all'introduzione del periodo di riflessione, previsto dell'art. 11 della Direttiva europea e dell'art. 13 della Convenzione del Consiglio d'Europa, di primaria importanza per un'adeguata tutela delle potenziali vittime di tratta. Tale norma potrebbe essere introdotta nello stesso art. 18 D.Lgs. 286/98.

Tratta: AUDIZIONI MINORI (documentazione aggravata e di utilizzazione probatoria) (audizione Balsamo).

AUDIZIONI MINORI (Balsamo).

Nella direttiva 2012/29/UE, contenente norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, una particolare attenzione è riservata alle vittime minorenni, che si presumono titolari di specifiche esigenze di protezione (art. 22

§ 4). La preminenza attribuita al loro interesse giustifica l'applicabilità, alla luce di una valutazione individuale, oltre che delle misure speciali sopra menzionate, anche di ulteriori misure stabilite dall'art. 24 della Direttiva, tra cui assume un particolare rilievo la previsione di un duplice obbligo, di documentazione aggravata e di utilizzazione probatoria, di tutte le audizioni di tali vittime, compiute nell'ambito delle indagini penali; gli Stati sono infatti tenuti a provvedere, introducendo le opportune disposizioni nel diritto interno, affinché le predette audizioni «possano essere oggetto di registrazione audiovisiva e tali registrazioni possano essere utilizzate come prova nei procedimenti penali». Sempre in ordine alla disciplina della prova, assumono una notevole rilevanza alcune specifiche regole contenute nell'art. 15 della Direttiva 2011/36/UE, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime e nell'art. 20 della Direttiva 2011/92/UE, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, che riguardano «tutte le audizioni» dei minori vittime ovvero testimoni dei reati in questione. Queste norme analogamente a quanto prevede (con riferimento esclusivo alle vittime) l'art. 24 della Direttiva 2012/29/UE – stabiliscono un duplice obbligo, di documentazione aggravata e di utilizzazione probatoria, da attuare con l'introduzione di opportune misure applicabili ad ogni audizione del minore (non solo, quindi, per l'esame davanti al giudice nel contraddittorio delle parti, ma anche per l'assunzione di informazioni ad opera dal pubblico ministero o dalla polizia nella fase delle indagini), in modo da consentirne la videoregistrazione e la conseguente produzione come prova nel procedimento penale, sia pure in conformità con le disposizioni di diritto interno.

Viene così sancito un duplice obbligo di fonte europea che rende assai problematica la legittimità di regolamentazioni, come quella del codice di procedura penale italiano, che, da un lato, consentono una documentazione non integrale dell'assunzione di informazioni dal minore nel corso delle indagini preliminari, e, dall'altro, ne impediscono l'uso in giudizio come prova “in positivo” della condotta illecita.

PROPOSTA DI PARTE SPECIALE n. 4. Art. 603 bis c.p. INTERMEDIAZIONE ILLECITA E SFRUTTAMENTO DEL LAVORO (si rinvia al contributo del Dott.re Davide Mancini, tra i materiali di esperti esterni)

PROPOSTE:

- 1) **Valorizzare la premialità de iure condendo**

- 2) **Corretta interpretazione**
- 3) **Adozione di modelli organizzativi da parte delle imprese**

La tratta a scopo di sfruttamento del lavoro assume connotati e dimensioni sempre più diffuse e preoccupanti (si veda anche l'audizione di Mancini). Le interdipendenze in un mondo globalizzato, la spinta al profitto e la competizione economica che portano alla necessità di ridurre i costi di produzione, soprattutto in periodi recessivi e di pesante crisi economica, nonché le pratiche attuali di consumo e produzione dell'economia mondiale hanno indotto un aumento della domanda di manodopera a basso costo ed a condizioni "fuori mercato". Il rischio attuale è che la tratta a scopo di sfruttamento lavorativo diventi una componente strutturale di determinati settori produttivi, con i gruppi criminali organizzati sempre più protesi a sfruttare la vulnerabilità sociale dei lavoratori, specialmente dei lavoratori migranti (lo sfruttamento da parte dei casalesi dei lavoratori nei lavori di ricostruzione all'Acquila – settore appalti

Anche nella relazione del Dott.re Menichelli, in relazione al ruolo di Europol, emerge la realtà di organizzazioni criminali che organizzano il traffico di migranti come funzionale all'esecuzione di altre fattispecie criminali o ancora al rilievo del fenomeno come emerge nella relazione SOCTA 2017 che ne evidenzia la capacità di produrre profitto (In 2015, migrant smuggling networks offering facilitation services to reach or move within the EU generated an estimated EUR 4.7 billion to EUR 5.7 billion in profit) e i tipici modus operandi delle organizzazioni criminali in questo settore (coercizione, attraverso l'uso della violenza e di minacce nei confronti di queste persone o dei familiari che sono rimasti a casa).

Le controverse evoluzioni delle proposte del legislatore in tema di sfruttamento lavorativo hanno segnato, dunque, un punto con l'introduzione della fattispecie di "caporalato", art. 603 c.p. con la legge 199/2016. A ciò si è pervenuti malgrado voci di dissenso che ritenevano tale disegno di legge troppo penalizzante per la parte datoriale. Invece si può ritenere che la modifica dell'art. 603bis c.p. è anche espressione dei canoni di ragionevolezza e di eguaglianza, ove si consideri che l'estensione di tutela penale anche allo sfruttamento subito dal datore di lavoro (e non solo dagli intermediari) colma un'anomalia dell'ordinamento, che lasciava privi di tutela i lavoratori non migranti irregolari. La disciplina penalistica, allora, e le annesse misure economiche mirano a tutelare le ragioni, anche di carattere patrimoniale, degli imprenditori che esercitano la loro attività nel rispetto delle norme garantendo la primaria rilevanza del principio del rispetto della concorrenza leale nei settori produttivi, scoraggiando il ricorso a pratiche illecite di intermediazione e sfruttamento che, oltre a violare i diritti fondamentali dei lavoratori, alterano la competizione economica, barando sul minor costo del lavoro, omesse contribuzioni, evasione fiscale, standard insufficienti di sicurezza. In sostanza, sotteso alla legge 199 vi è il concetto della "convenienza", nell'interesse generale, del rispetto dei diritti dei lavoratori vulnerabili. Così come l'economia mafiosa non è conveniente per la collettività e per gli imprenditori onesti, allo stesso modo non lo è lo sfruttamento dei lavoratori in un contesto di illegalità e/o di parasschiavismo. La nuova fattispecie, allora, la nuova formulazione dell'art. 603bis c.p. e le altre previsioni della legge 199/2016 Fuori da ogni residuo dubbio, quindi, si può dire che non

mirano al controllo ed alla repressione ottusa dei settori produttivi. Gli obiettivi reali non possono non essere condivisi da tutti, visto che la legge intende punire, senza equivoci o sacche di esenzione, il caporalato e le violazioni dei diritti fondamentali dei lavoratori operate anche dai datori di lavoro. Obiettivo immediatamente connesso è il contrasto al lavoro nero che genera economia sommersa e altera le regole della leale concorrenza tra imprese, determinando tangibili e drammatiche ripercussioni sulle comunità e nei territori. Ed è proprio in questo depauperamento di valori, oltre che del tessuto socio-economico dei territori, non più solo del meridione ma anche delle zone più ricche del Paese, che la criminalità organizzata, vecchia e nuova, affonda le sue radici malsane.

PROPOSTE.

1) Forse il legislatore avrebbe potuto ulteriormente arricchire il significato della “convenienza” delle scelte di legalità, adottando soluzioni ancora più marcate, come per il caso della premialità per la persona offesa collaborativa con l’autorità giudiziaria.

2) Le critiche, spesso strumentali, all’impostazione privilegiata dal legislatore con la legge 199 hanno cavalcato i timori connessi ad una presunta sovraesposizione dei datori di lavoro che, ai sensi del nuovo art. 603bis c.p., sarebbero penalizzati in maniera eccessiva quando, ad esempio – magari anche occasionalmente – violassero le norme sui salari minimi ovvero sull’orario di lavoro. Tuttavia, la lettura del nuovo testo normativo esclude che il datore di lavoro possa commettere il delitto con isolate condotte illecite. Piuttosto, la descrizione del fatto tipico evidenzia un modello di incriminazione che presume una certa abitudine della condotta (le condotte devono essere “reiterate”); deve sussistere quasi una sorta di politica imprenditoriale, richiedendosi la ricorrenza congiunta delle condizioni di sfruttamento cui sono sottoposti i lavoratori e dell’approfittamento della loro situazione di vulnerabilità (stato di bisogno).

3) Peraltro, proprio in questa ottica, l’estensione della responsabilità da reato degli enti alla nuova fattispecie dell’art. 603bis c.p. deve comportare l’adozione di modelli organizzativi (artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001) nella gestione aziendale, che potranno assumere un fondamentale ruolo di prevenzione di tale fenomeno criminale.

4) Sarebbe stato certamente più opportuno effettuare un riferimento alla condizione di vulnerabilità, piuttosto che allo stato di bisogno, di cui parla la direttiva 2011/36/EU e - dal 2014 - anche l’art. 601 c.p., sia per eliminare il riferimento a terminologie più aderenti ad altre realtà deboli (si pensi ai fenomeni dell’usura) sia per armonizzare la terminologia giuridica nel settore del vulnus ai diritti umani dei soggetti “deboli”. Tuttavia, l’aspetto terminologico, seppur criticabile non dovrebbe essere pregiudizievole, stante il pacifico insegnamento della corte di cassazione che uniforma lo stato di bisogno alla posizione di vulnerabilità, già prevista sin dalla decisione quadro dell’Unione Europea del 19 luglio 2002.

5) Dall’audizione con il Dott.re Mancini emerge l’importanza di formare gli ispettori del lavoro nello svolgimento della loro attività a riconoscere e segnalare quelle anomalie che possono rappresentare degli indicatori di rischio circa la consumazione dei reati in questione, che sono difficili da accertare e provare (“fenomeno diffuso, enorme sommerso”); anche la

procura di Teramo ha elaborato un protocollo con indicatori e molti si trovano in documenti sovranazionali.

PROPOSTA DI PARTE SPECIALE n. 5

IL REATO DI CLANDESTINITÀ (Prof. Gian Luigi Gatta, allegato n. in materiali di esperti già pubblicati – contributo aggiornato per gli Stati Generali): ABROGAZIONE.

Il binomio criminalità-immigrazione appartiene all'immaginario comune di ampia parte dell'opinione pubblica, in Italia, in Europa e nel mondo (compresa l'America di Trump). In tempi di dilagante terrorismo internazionale ciò è ancor più vero. Ed è altresì vero – lo si sottolinea nella relazione annuale del Procuratore Nazionale Antimafia (febbraio 2016)– che gli immigrati, specie quelli irregolari, sono altresì interessati dalla fenomenologia della criminalità organizzata di tipo mafioso: quali protagonisti delle 'mafie straniere', ovvero quali partecipi o 'manovali' delle mafie di casa nostra, impegnati per lo più, ma non solo, nello spaccio di stupefacenti. Numeri alla mano, però, gli stranieri che entrano – o tentano di entrare – illegalmente nel territorio italiano e dell'UE sono però primariamente vittime, e non già autori di reati comuni, compresi quelli della criminalità organizzata. Essi sono infatti, in primo luogo, vittime della tratta e del traffico di esseri umani, che miete da tempo un agghiacciante numero di morti annegati nel Mediterraneo. Così come i migranti sono vittime delle connesse condotte di sfruttamento, spesso realizzate da quella stessa criminalità organizzata, nostrana e straniera, che gestisce i viaggi sulle carrette del mare.

Si rinvia al contributo del Prof. Gatta per la più approfondita disamina delle ragioni a favore dell'abrogazione di tale fattispecie, ma si consideri che il ricorso al diritto penale per la tutela della gestione ordinata dei flussi migratori non solo è inutile (non offre nulla di più di quel che, non senza difficoltà, si può ottenere attraverso il diritto amministrativo), ma comporta anzi un dispendio di risorse, connesse allo svolgimento dei processi per i reati suddetti, tutti procedibili d'ufficio (in un sistema che, si badi, a differenza di altri, come quello francese, conosce il principio di obbligatorietà dell'azione penale). Abolizione della fattispecie di clandestinità: si ricorda la nota posizione del Procuratore Nazionale Antimafia Franco Roberti, che da tempo auspica l'abolizione del reato di clandestinità, come anche si ricorda nell'ultima Relazione annuale della D.N.A., dove a pagina 386 si legge: "...il Procuratore Nazionale non ha mancato di richiamare, negli scorsi mesi, l'attenzione dei competenti organi (Governo e Commissioni Parlamentari), sulla necessità di esercitare compiutamente e tempestivamente la delega n. 67/2014 conferita dal Parlamento ai fini della depenalizzazione del reato, evidenziando le difficoltà processuali ed investigative derivanti dal trattamento dei migranti come indagati di procedimento connesso, rispetto ai procedimenti nei confronti di esponenti di organizzazioni criminali". Quella posizione autorevole sottolinea il ruolo primario di vittime proprio dei c.d. immigrati 'irregolari', e aggiunge un ulteriore e non banale argomento tecnico-giuridico a sostegno di una scelta politica – quella dell'abolizione del reato di clandestinità – che dopo la mancata attuazione della citata legge delega del 2014 tornerà presto all'attenzione dell'agenda politica, anche sotto le spinte degli organi internazionali. Il Comitato ONU per i diritti umani, in un recente

e già citato documento del marzo 2017, ha infatti osservato: mentre è “apprezzabile...the great efforts made by the State party to receive and host exceptional numbers of persons fleeing armed conflict or persecution, the Committee is concerned at: (a) The non-implementation of Law no. 67/2014, which authorizes the executive to suspend the offence of irregular entry and stay in Italy”.

PROPOSTA DI PARTE SPECIALE n. 6.

MAFIE E CORRUZIONE (contributo della Dott.ssa Valeria Scalia, tra i contributi di esperti esterni). Direttiva in materia di corruzione.

Nella consapevolezza, emersa anche a livello nazionale, dei sempre più frequenti e preoccupanti fenomeni di commistione tra scambi corruttivi e criminalità organizzata, risulta particolarmente interessante l'accostamento - operato sempre con i dovuti distinguo - tra il fenomeno corruttivo, ormai per lo più di natura sistemica, e profondamente radicato nel tessuto amministrativo ed economico-sociale del nostro Paese, e il modello della criminalità organizzata, dimostrato anche da alcuni arresti della giurisprudenza che hanno applicato le fattispecie associative (più spesso l'art. 416 c.p., ma anche l'art. 416 bis c.p.) in relazione a diverse ipotesi relative a sistemi complessi di accordi corruttivi, strettamente collegati ad infiltrazioni della criminalità organizzata nei gangli vitali delle stesse pubbliche amministrazioni.

La pratica corruttiva assume infatti allo stesso tempo il ruolo di mezzo – insieme con il richiamo alla fama criminale, che lascia sempre aperta la possibilità di fare concretamente ricorso ai mezzi della violenza e dell'intimidazione principalmente «per creare e mantenere, all'esterno, le condizioni di una conventio ad excludendum volta ad impedire ogni possibilità di libera partecipazione alle gare pubbliche da parte di imprese che non intendano conformarsi al sistema di “regole” imposte dall'organizzazione criminale» - mediante il quale le organizzazioni criminali si insinuano nel tessuto dell'agere amministrativo (creazione di rapporti con soggetti economici operanti lecitamente sul mercato o assunzione di ruoli chiave nelle posizioni apicali di tali soggetti economici), ma anche di fine, consistente nel raggiungimento del controllo economico e di gestione del potere decisionale in un settore di primaria importanza, come quello degli appalti e delle concessioni pubblici (finendo per ottenere in tale ambito una posizione sostanzialmente monopolistica), come è risultato di lampante evidenza nella pronuncia della Corte di Cassazione sul caso di Mafia Capitale, ove si è dimostrata proprio tale duplice veste della pratica corruttiva.

Una tale consapevolezza non ha tardato a manifestarsi anche in ambito sovranazionale in una serie di documenti non vincolanti adottati dalle istituzioni europee (Parlamento, Commissione, Comitato europeo economico e sociale), ove viene messa in luce la particolare pericolosità di forme di collusione tra criminalità organizzata e “colletti bianchi” e la funzionalità della corruzione di funzionari pubblici rispetto ai traffici illeciti dello stesso crimine organizzato (ad esempio, accesso ad informazioni riservate, falsificazione di documenti, manipolazione delle procedure ad evidenza pubblica, elusione di azioni di contrasto poste in essere da autorità giudiziarie e di polizia), in particolar modo nell'ambito di contratti ed appalti pubblici o di partnerships pubblico-privato, attraverso i quali le

organizzazioni criminali si infiltrano nell'economia legale, come rilevato ripetutamente dal Parlamento europeo.

In tale contesto va rilevata la particolare significatività delle misure di prevenzione come prerequisito indispensabile per garantire l'efficacia delle misure repressive apprestate e come meccanismo di ostacolo alla creazione di sistemi reticolari di collusione tra pubblica amministrazione e gruppi della criminalità organizzata, nell'ottica di un approccio integrato al fenomeno corruttivo.

Gli interventi più recenti dell'Unione europea in materia di corruzione (generalmente intesa, escludendo i lavori preparatori che concernono la considerazione della corruzione come reato connesso alla tutela degli interessi finanziari della stessa Unione) sono caratterizzati, tuttavia, dall'assenza di strumenti normativi vincolanti e dall'adozione invece di una serie di documenti da parte delle istituzioni di natura non vincolante, accanto naturalmente agli strumenti

c.d. di terzo pilastro (usando una terminologia pre- Lisbona) già esistenti, ovvero la Convenzione sulla corruzione dei pubblici funzionari delle Comunità europee e degli Stati membri del 1997 e la decisione quadro in materia di corruzione nel settore privato (2003/568/GAI).

L'unica proposta legislativa, già in corso di avanzato dibattito in sede europea, che si occupa di configurare fattispecie corruttive di matrice sovranazionale (prevedendo un'apposita circostanza aggravante all'art. 8, par. 2, nel caso in cui i reati configurati dalla stessa direttiva, e quindi anche le fattispecie corruttive, siano commessi nell'ambito di un'organizzazione criminale, secondo la nozione accolta dalla decisione quadro 2008/841/GAI) anche se con uno spettro di tutela limitato appunto agli interessi finanziari dell'Unione europea, risulta la proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, presentata dalla Commissione europea nel 2012.

La previsione delle fattispecie corruttive e delle altre di cui all'art. 4 (appropriazione indebita) in seno a tale proposta di Direttiva, con ambito di tutela limitato agli interessi finanziari, va considerata come una soluzione provvisoria/intermedia, inadeguata alla protezione di beni essenziali, quali la legalità, il corretto funzionamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione europea, anche alla luce del disposto dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che tutela proprio il diritto ad una buona amministrazione, come un interesse autonomo e particolarmente meritevole di protezione della stessa Unione, fondamentale altresì per assicurare il rispetto dei principi democratici e dello Stato di diritto.

D'altro canto non va sottaciuto come le condotte corruttive perpetrate nel settore privato attentino a beni altrettanto essenziali per la stessa esistenza dell'Unione, quali la concorrenza ed il corretto funzionamento del mercato interno europeo, come già riconosciuto nella decisione quadro 2003/568.

La protezione di tali interessi fondamentali risulta pertanto indispensabile al fine di assicurare l'impermeabilità dei processi decisionali della pubblica amministrazione rispetto

a forme di infiltrazione da parte della criminalità organizzata, che si serve proprio delle pratiche corruttive (come strumento sofisticato di manipolazione dell'agere amministrativo), per ottenere il controllo sull'aggiudicazione di appalti e gare.

La frammentarietà del quadro giuridico internazionale di riferimento, che determina un difetto di armonizzazione, deleterio sia per assicurare un efficace contrasto del fenomeno corruttivo a livello europeo, sia per il corretto operare di altri strumenti normativi europei (direttiva antiriciclaggio o mandato d'arresto europeo), inducono a riflettere sull'esigenza di adottare una direttiva autonoma in materia di corruzione, con ambito di tutela ad ampio spettro, ossia quanto meno a protezione della legalità, del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione comunitaria —, sulla base dell'art. 83, par. 1, che potrebbe coprire tuttavia solo casi caratterizzati dalla transnazionalità e dalla particolare gravità, o del paragrafo 2, TFUE, che invece consentirebbe di ricomprendere anche ipotesi prive di tali connotati ed eminentemente quelle commesse all'interno della stessa pubblica amministrazione comunitaria.

Un tale strumento normativo potrebbe contenere:

- norme minime per la definizione di reati e sanzioni in materia di contrasto della corruzione, volte a trasfondere e rimodulare in un unico atto normativo gli obblighi d'incriminazione previsti dalle predette Convenzioni internazionali (non limitati, come evidenziato, alle sole fattispecie corruttive in senso stretto) e quelli contenuti nella decisione quadro 2003/568/GAI, relativa alla corruzione nel settore privato. Si tratterebbe di una sorta di testo unico in materia corruzione, idoneo a ricomprendere sia le condotte perpetrate nel settore pubblico, sia quelle commesse nel settore privato, che interverrebbe in effetti in un settore già oggetto di misure d'armonizzazione da parte dell'Unione, e volto all'armonizzazione non solo delle fattispecie incriminatrici, ma anche dei livelli sanzionatori e dei tempi di prescrizione, con soluzioni simili a quelle prescelte nella proposta di direttiva PIF.

- nell'ambito del settore pubblico, accanto alle fattispecie di corruzione attiva e passiva ed alla definizione di pubblico funzionario, una serie di altre condotte, quali il peculato, la malversazione, l'abuso d'ufficio, la rivelazione di segreti d'ufficio ed ipotesi gravi di turbativa di gara, in grado di mettere in pericolo o ledere la stessa pubblica amministrazione europea. Dovrebbe considerarsi, invece, più attentamente l'opportunità di introdurre anche la fattispecie di traffico d'influenza, ed eventualmente in quali termini, anche in considerazione della nozione di concorso di persone che si intende accogliere, per evitare un'eccessiva anticipazione della tutela penale.

- recepimento del predetto acquis (lato sensu inteso) e adeguata considerazione dei trends emergenti a livello delle legislazioni degli Stati membri, valutando anche l'applicazione in concreto, sulla base delle indicazioni dei rapporti degli organismi di monitoraggio europei (es. GRECO e Relazione UE sulla corruzione) ed internazionali (Working Group on Bribery in seno all'OCSE e Mechanism for the Review of Implementation of the United Nations Convention against Corruption in seno all'ONU).

- adeguata considerazione degli strumenti normativi già esistenti a livello europeo per prevenire e reprimere – con sanzioni diverse da quelle strettamente penali – gli episodi corruttivi, per esempio con riguardo alla materia degli appalti e della corruzione nel settore privato, alla legislazione relativa agli stessi appalti e a quella sulla concorrenza, in ossequio al principio di stretta necessità e proporzionalità del ricorso al diritto penale.

- con specifico riguardo alle interrelazioni tra corruzione e criminalità organizzata, un esplicito collegamento con gli strumenti normativi in materia di partecipazione ad un'organizzazione criminale che richiedano un innalzamento dei minimi dei massimi edittali previsti per le ipotesi base ed il regime applicabile alle ipotesi di partecipazione ad un'organizzazione criminale, in termini di prescrizione, applicazione di benefici e collaborazione con la giustizia, da integrare con promozione e sensibilizzazione ai valori dell'integrità nella società e nell'economia, mediante il coinvolgimento della stessa società civile; promozione, adozione ed applicazione di codici e norme di conformità anticorruzione nelle imprese, mediante lo sviluppo di una strategia dell'Unione sulla responsabilità sociale d'impresa,

- disciplina della protezione degli informatori (whistleblowers), come strumento indispensabile per il contrasto di tali fenomeni sia nell'ambito pubblico, sia in quello privato.

Rapporto genus-species tra i due strumenti (direttiva corruzione e direttiva PIF) che consentirebbe la perdurante applicazione della seconda ai casi caratterizzati dalla presenza di una lesione (effettiva o potenziale) degli interessi finanziari dell'Unione.

Valore aggiunto della direttiva:

- introdurre una definizione armonizzata del reato di corruzione e dei livelli sanzionatori (sia nel settore pubblico, sia in quello privato) previsti nell'ambito del territorio dell'Unione

- evitare l'accoglimento di nozioni a-tecniche, prive di un reale sostrato giuridico, nell'ambito degli strumenti non vincolanti della stessa Unione, ma anche da parte degli organismi di monitoraggio del GRECO e dell'UE volti a verificare l'idoneità delle legislazioni degli Stati membri a prevenire e reprimere la corruzione;

- rendere più agevole l'applicazione di strumenti normativi che prevedono la configurazione del reato di corruzione come presupposto di applicazione o di attivazione dello strumento normativo stesso (es. direttiva anti-riciclaggio, che prevede la corruzione come attività criminosa presupposto, ai sensi dell'art. 3, n. 4, lett. e); decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, che inserisce la corruzione tra le fattispecie per le quali si può prescindere dal requisito della doppia incriminazione, ai sensi dell'art. 2, comma 2; direttiva appalti, che prevede come motivo di esclusione dalla procedura di appalto, ai sensi dell'art. 57, l'aver riportato una condanna con sentenza definitiva per corruzione, anche se tale disposizione – diversamente dalle altre citate – individua alcuni parametri di riferimento nella definizione contenuta nell'art. 3 della Convenzione sulla corruzione dei funzionari delle (olim) Comunità europee e degli Stati membri (1997), nell'art. 2 della decisione quadro 2003/568 relativa alla corruzione nel settore privato, nonostante faccia poi ricorso al parametro

residuale delle norme nazionali, così dando ampio spazio alla possibilità di applicazioni disarmoniche della disposizione).

- rendere più agevole la cooperazione giudiziaria in materia penale e di polizia, al momento deficitaria sulla base dei rilievi operati dall'OLAF per ragioni imputabili a difetti di armonizzazione del diritto penale sostanziale (es. qualifica di pubblico funzionario, fattispecie), a difficoltà di coordinamento con autorità investigative o giudiziarie nazionali, a difetti di armonizzazione della disciplina processuale, mediante lo scambio di informazioni ed eventualmente l'utilizzo delle squadre investigative comuni, tra le autorità di polizia e giudiziarie nazionali, l'OLAF, Eurojust ed Europol - unica strada percorribile *rebus sic stantibus*, in attesa che i negoziati relativi all'istituzione dell'Ufficio della Procura europea possano portare a risultati concreti.

- rappresentare un corpus normativo in materia di corruzione già armonizzato e sulla base del quale l'Ufficio della Procura europea (pur con tutti i limiti che presenta la proposta di Regolamento istitutivo attualmente in itinere e pur nella consapevolezza della particolare lunghezza delle procedure di negoziato, nonostante la dichiarazione ufficiale da parte di alcuni Paesi di voler procedere mediante cooperazione rinforzata, come previsto dal par. 1, cpv. 2 e 3, dell'art. 86 TFUE) potrebbe operare più agevolmente, ove si procedesse ad un ampliamento delle competenze per materia ad esso attualmente attribuite, mediante la procedura prevista dall'art. 86, par. 4, TFUE, considerato che la corruzione rientra tra le forme di criminalità grave aventi una dimensione transnazionale, espressamente previste dal par. 1 dell'art. 83 TFUE. Una tale estensione, inoltre, analogamente a quanto previsto attualmente dall'art. 17, par. 1a, della proposta di Regolamento istitutivo dell'Ufficio della Procura europea con riguardo ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione ("offences regarding participation in a criminal organisation as defined in Framework Decision 2008/841/JHA, as implemented in national law, if the focus of the criminal activity of such a criminal organisation is to commit any of the offences referred to in paragraph 1"), potrebbe riguardare le ipotesi nelle quali le condotte corruttive

rappresentino l'attività su cui è incentrata un'organizzazione criminale, così recependo quella tendenza, instauratasi di recente nella giurisprudenza nazionale, sulla base della quale episodi di corruzione sistemica, relativi in particolare all'aggiudicazione di appalti e sovvenzioni, che – in virtù della saldatura con organizzazioni della criminalità organizzata - assumono una portata tale da piegare totalmente le regole della concorrenza e della parità di trattamento nelle procedure ad evidenza pubblica, vengono sussunti nell'ambito di operatività delle fattispecie associative, e nello specifico dell'art. 416-bis.

- riprodurre un microsistema penale, analogo a quello prospettato per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, posto a protezione di beni altrettanto fondamentali ed essenziali per la stessa sopravvivenza della costruzione europea come la legalità, l'imparzialità e il buon funzionamento dell'amministrazione europea, la compromissione dei quali attraverso infiltrazioni della criminalità organizzata nei sui meccanismi decisionali più profondi, porta inevitabilmente alla messa in discussione degli stessi fondamenti democratici di essa, del principio della *rule of law* ed al perturbamento dell'intero ordine pubblico europeo.

PROPOSTA DI PARTE SPECIALE n. 7

LA STRATEGIA COMUNE CONTRO LA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA E IL TERRORISMO NELLA RECENTE LEGISLAZIONE EUROPEA (contributo del Dott.re Antonio Balsamo)

Il Dott.re Balsamo evidenzia che nella sua recente attività normativa le istituzioni comunitarie stanno sviluppando un approccio comune nel contrasto alla criminalità organizzata e al terrorismo internazionale, due fenomeni criminali che in passato venivano nettamente distinti ma sono adesso percepiti come oggetto di una strategia comune, anche sul piano delle attività di indagine.

Di particolare interesse, ad avviso del Dott.re Balsamo, sotto questo profilo, appare la proposta di direttiva sulla lotta contro il terrorismo, approvata in prima lettura il 16 febbraio 2017 dal Parlamento europeo, che muove dalla premessa che «il commercio illecito di armi da fuoco, petrolio, sostanze stupefacenti, sigarette, nonché merci e beni culturali contraffatti, come pure il traffico di esseri umani, il racket e l'estorsione sono diventati mezzi di finanziamento redditizi per i gruppi terroristici», esplicita che «in questo contesto, i legami sempre più stretti tra criminalità organizzata e gruppi terroristici costituiscono una crescente minaccia per la sicurezza dell'Unione e dovrebbero pertanto essere presi in considerazione dalle autorità degli Stati membri coinvolti in procedimenti penali» (“considerando” n. 13), e stabilisce quindi che «gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché le persone, le unità o i servizi incaricati delle indagini o dell'azione penale per i reati di cui agli articoli da 3 a 12» (cioè i reati di terrorismo, i reati riconducibili a un gruppo terroristico e i reati connessi ad attività terroristiche) «dispongano di strumenti di indagine efficaci, quali quelli utilizzati contro la criminalità organizzata o altre forme gravi di criminalità» (art. 20), evidenziando che «detti strumenti dovrebbero comprendere, ad esempio, la perquisizione di beni personali, l'intercettazione di comunicazioni, la sorveglianza discreta, compresa la sorveglianza elettronica, la captazione, la registrazione e la conservazione di audio all'interno di veicoli o di luoghi privati o pubblici, nonché di immagini di persone all'interno di veicoli e luoghi pubblici, e indagini finanziarie», e sottolineando altresì che «il ricorso a tali strumenti, conformemente al diritto nazionale, dovrebbe essere mirato e tenere conto del principio di proporzionalità nonché della natura e della gravità dei reati oggetto d'indagine, e dovrebbe rispettare il diritto alla protezione dei dati personali» (“considerando” n. 21). Nella proposta di direttiva, dunque, la considerazione della omogeneità dei mezzi di finanziamento di questi due fenomeni delittuosi si accompagna all'obbligo, per gli Stati europei, di estendere al terrorismo gli strumenti di indagine previsti per criminalità organizzata, comprese le tecniche investigative ad alto contenuto tecnologico e le indagini finanziarie.

L'intersecarsi dei rispettivi percorsi del finanziamento del terrorismo e del riciclaggio mafioso è stato posto in risalto dagli esperti della materia, che hanno altresì evidenziato come il terrorismo possa contare sul supporto finanziario proveniente da attività economiche lecite, da imprese commerciali, da contribuzioni volontarie di gruppi che si ispirano a forme di solidarietà sociale o religiosa; la complessità del fenomeno è accresciuta dalla circostanza che il finanziamento delle organizzazioni terroristiche può avvenire non solo mediante tecniche di riciclaggio, ma anche attraverso l'utilizzo di canali informali e lo sfruttamento dell'economia legale.

Si evidenzia, quindi, che le due proposte presentate dalla Commissione europea il 21 dicembre 2016, ed aventi ad oggetto rispettivamente il Regolamento relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca, sopra citato, ed una Direttiva sulla lotta al riciclaggio di denaro mediante il diritto penale, costituiscono attuazione proprio degli impegni assunti nel piano d'azione di lotta contro il finanziamento del terrorismo del febbraio 2016, ma allo stesso tempo sono sicuramente idonei a produrre un salto di qualità anche nel contrasto alla criminalità organizzata.

Alla circolazione degli strumenti di indagine tra criminalità organizzata e terrorismo si accompagnano, nella proposta di direttiva, a) la prevenzione della radicalizzazione attraverso una pluralità di interventi che attribuiscono un ruolo di rilievo alla società civile (proprio come è avvenuto in Italia quando le principali forze politico-sociali hanno compiuto una precisa scelta di isolamento nei confronti del terrorismo politico degli anni '70),

b) la programmazione di una strategia congiunta tra Stati, Commissione europea e provider internet per combattere la radicalizzazione online,

c) la previsione di un obbligo di scambio di informazioni tra gli Stati non solo per la repressione ma anche per la prevenzione dei fenomeni terroristici.

Si tratta di un complesso di previsioni rispetto alle quali il sistema italiano ha tutte le caratteristiche per fungere da modello di riferimento. Tra le più importanti innovazioni introdotte negli ultimi anni nella materia in esame, vi è il complesso di competenze assegnate al Procuratore Nazionale Antimafia - e adesso anche Antiterrorismo - con il decreto-legge 18 febbraio 2015 n. 7, convertito dalla legge 17 aprile 2015, n. 43, grazie alle quali «il sistema giudiziario antiterrorismo possiede ora gli strumenti per assicurare il coordinamento investigativo, la circolazione delle informazioni e la condivisione delle conoscenze» (ROBERTI, Il coordinamento nazionale delle indagini contro il terrorismo, in Il nuovo 'pacchetto' antiterrorismo, a cura di KOSTORIS e VIGANÒ, Giappichelli, Torino, 2015).

□ A ciò si aggiungono i poteri di proposta delle misure di prevenzione patrimoniali che lo stesso atto legislativo ha attribuito alla DNAA, così colmando una evidente lacuna contenuta nella disciplina previgente.

Si ritiene opportuno, inoltre, introdurre modifiche normative e organizzative in quattro settori:

A) la disciplina processuale dei nuovi strumenti di indagine resi possibili dall'evoluzione tecnologica, la cooperazione giudiziaria internazionale, la prevenzione e la formazione. La modernizzazione delle tecniche investigative in rapporto all'evoluzione tecnologica, alle dinamiche relazionali globali connesse ai fenomeni terroristici, e al rapido progresso delle forme di elusione delle captazioni, per effetto della inaccessibilità di determinate reti o della adozione di sistemi di criptazione delle comunicazioni, richiede l'introduzione di una disciplina volta a chiarire in modo inequivocabile la rispettiva area di applicazione dei diversi strumenti di indagine - precisamente, intercettazione di telecomunicazioni, intercettazione di flussi e sequestro di dati informatici - al fine di consentire agli organi investigativi e giudiziari di adottare immediatamente le iniziative

processuali appropriate, senza compiere atti viziati da nullità o inutilizzabilità e quindi suscettibili di vanificare il lavoro degli inquirenti.

Si tratta di una regolamentazione assolutamente indispensabile in un momento in cui si riscontra un netto ridimensionamento delle distinzioni tra telecomunicazioni e flussi informatici (si pensi, ad esempio, alle conversazioni effettuate attraverso applicazioni come WhatsApp)²⁹, mentre la normativa introdotta nel Codice di Procedura Penale appare frutto di interventi non coordinati tra loro e spesso contrassegnati dall'impiego di termini generici e astratti, molto lontani dall'uso comune come pure dal linguaggio tecnologico. Da ciò discendono una serie di incertezze applicative sulla individuazione della disciplina processuale appropriata, cui sta cercando di porre rimedio la giurisprudenza³⁰, che però avrebbe bisogno di un intervento chiarificatore del legislatore per giungere a risultati univoci.

B) A ciò dovrebbe accompagnarsi una revisione della disciplina del sequestro di dati informatici, volta ad escludere espressamente la necessità della immediata consegna al destinatario del decreto di sequestro di dati informatici, stabilendo, al tempo stesso, un appropriato regime di garanzia ai fini dell'accesso "differito" al controllo da parte del Tribunale del Riesame, così da impedire il verificarsi di cause di nullità in questa delicatissima materia.

C) Per quanto attiene alla disciplina della cooperazione giudiziaria internazionale per le intercettazioni su utenze telefoniche e flussi informatici all'estero, occorre prendere in attenta considerazione le possibili conseguenze dell'applicazione dell'art. 20 della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione Europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000, e ratificata con l. 21 luglio 2016, n. 149. La ratifica della Convenzione comporta la necessità di definire, nell'ambito della progettata riforma del libro XI del Codice di Procedura Penale, i presupposti per l'attivazione delle procedure di cooperazione giudiziaria in materia di intercettazioni. La scelta che appare preferibile è quella di circoscrivere l'area di applicazione della Convenzione di Bruxelles alle sole ipotesi di comunicazioni avvenute esclusivamente all'estero, in coerenza con la ratio della stessa Convenzione, finalizzata a facilitare lo svolgimento delle indagini per i reati transnazionali, e sulla base delle indicazioni univocamente offerte dalla consolidata giurisprudenza di legittimità, la cui conformità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo è stata riconosciuta dalla Corte di Strasburgo con la decisione emessa il 23 febbraio 2016 nel caso Capriotti c. Italia.

Sotto questo profilo, la riforma in itinere del libro XI del Codice di Procedura Penale rappresenta una occasione importante per predisporre una chiara e completa regolamentazione del rapporto tra la cooperazione internazionale e i più moderni strumenti investigativi, in 29 La circostanza che ormai il flusso informatico è la modalità generale mediante cui si realizzano anche le intercettazioni telefoniche era stata evidenziata dalle Sezioni Unite già negli anni 1998-2000. V. Cass. Sez. Unite, 13 luglio 1998 n. 21, Gallieri, e Cass. Sez. Unite, 23 febbraio 2000 n. 6, D'Amuri,.

³⁰ Cass., Sez. IV, 28 giugno 2016, n. 40903, Grassi e altri.termini capaci di potenziare il contrasto dei reati transnazionali, anche di matrice terroristica.

D) Una ulteriore prospettiva che meriterebbe una attenta considerazione da parte del legislatore, segnatamente nell'ambito della riforma del Codice antimafia, è quella della valorizzazione del controllo preventivo sul terrorismo. Mentre nel campo della criminalità organizzata le misure di prevenzione, personali e patrimoniali, hanno conosciuto un notevole sviluppo negli ultimi anni, lo stesso non è avvenuto nel settore del terrorismo, neppure dopo l'intervento normativo (il già citato decreto-legge 18 febbraio 2015 n. 7, convertito dalla legge 17 aprile 2015, n. 43) finalizzato a contrastare il fenomeno dei foreign fighters. Eppure, l'esame del fenomeno e lo studio delle soluzioni accolte in altri ordinamenti rende evidente che la lotta al terrorismo non può essere combattuta soltanto con gli strumenti "classici" del diritto penale, ma richiede anche l'uso del sistema prevenzionistico. Sul punto, va segnalata la più recente tendenza dell'ordinamento inglese, dove la predisposizione di nuovi strumenti di contrasto del terrorismo si è tradotta nell'introduzione delle Terrorism Prevention and Investigation Measures, prevista dal Terrorism Prevention and Investigation Measures Act (TPIMA) del 2011.

Al riguardo si è sottolineato che, per rendere possibile una efficace applicazione delle misure di prevenzione antiterrorismo anche nell'ordinamento italiano, occorrerebbe però ridefinire la relativa fattispecie di pericolosità in un duplice senso:

- a) da un lato, rendendola applicabile anche agli autori di atti esecutivi (e non solo di atti preparatori) dei reati contrassegnati da finalità di terrorismo anche internazionale, come previsto anche nella relazione della Commissione Fiandaca;
- b) dall'altro lato, includendovi anche i soggetti che si limitino a dichiarare pubblicamente, ad esempio su internet, la loro adesione ai proclami fondamentalisti.

Verrebbero meno così gli effetti paradossali della attuale strutturazione della fattispecie di pericolosità relativa ai foreign fighters, che consente di applicare le misure di prevenzione, e il connesso divieto di espatrio, a chi si limita ai primi preparativi per prendere parte ad un conflitto in territorio estero, ma non anche al soggetto che inizia ad attuare l'intento programmato, ed appare ormai in procinto di lasciare il territorio nazionale.

A questo primo intervento di riforma se ne potrebbe accompagnare un altro, seguendo l'ordine di idee sviluppato in una significativa riflessione del Procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo, che ha sottolineato l'opportunità di un adeguamento normativo volto a includere tra i destinatari delle misure di prevenzione anche i soggetti che, pur non ponendo (ancora) in essere atti preparatori obiettivamente rilevanti e diretti alla commissione di atti di terrorismo, si presentano tuttavia già pericolosi, in quanto esprimono pubblicamente, su internet, la loro adesione ai proclami fondamentalisti e il loro incitamento all'esecuzione di atti di terrorismo, lanciati via web da altri soggetti.

Una ulteriore innovazione di notevole rilievo consisterebbe nella modernizzazione delle prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale in modo da apprestare una reazione mirata agli specifici aspetti di pericolosità insiti nell'attuale fenomeno terroristico: se il luogo di manifestazione di pericolosità è il web, occorre inibirne l'accesso al potenziale terrorista sorvegliato speciale. Inoltre, come ha segnalato il Procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo, potrebbero essere immaginate delle nuove modalità attuative della sorveglianza speciale con l'utilizzo di tecnologia innovativa con strumenti elettronici di

controllo; tale tecnologia potrebbe consentire di contenere la pericolosità dei soggetti sottoposti alla sorveglianza speciale e ottimizzare l'utilizzo delle risorse per il loro controllo, prevedendo altresì misure restrittive per il mancato rispetto delle prescrizioni imposte. Anche sotto questo profilo, appare molto significativa l'esperienza delle Terrorism Prevention and Investigation Measures, che comprendono il monitoraggio su movimenti, comunicazioni e altre attività del soggetto, con mezzi elettronici od altro genere (Monitoring measure).

Si tratta, oltretutto, di una concretizzazione delle indicazioni espresse dalla importante sentenza emessa il

23 febbraio 2017 dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso De Tommaso c. Italia.

ATTIVITA' SVOLTE

Nell'ambito dei lavori del Tavolo si sono svolte delle riunioni telematiche con i componenti del tavolo e ripetute consultazioni telefoniche tra i componenti e il coordinatore.

Tra i componenti designati del tavolo la Prof. Fronza ha manifestato immediatamente la sua impossibilità a collaborare in considerazione dei tempi ristretti; il prof. Bernardi ha rimesso il mandato in corso d'opera per l'impossibilità di far fronte all'impegno e la Prof. Allegrezza, dopo aver partecipato attivamente alle riunioni telematiche, non ha potuto fornire uno specifico contributo scritto a causa di sopravvenuti problemi.

Tutti i rimanenti componenti hanno collaborato con l'invio di contributi scritti, inseriti tra i materiali dei componenti del Tavolo XV. La Prof. Sicurella si è occupata della legislazione europea in materia di crimine organizzato; il Prof. Varraso (al quale si deve un particolare ringraziamento per la disponibilità e l'apporto tecnico fornito) della legislazione in materia di squadre investigative comuni e ordine europeo di indagine; la dott.ssa Alfano ha fornito un contributo sui lavori della Commissione parlamentare antimafia europea; il dott.re Tigano si è occupato della legislazione in materia di traffico di organi come reato scopo. La Prof. Maugeri, - oltre a svolgere il lavoro di coordinamento e coinvolgimento di tutti i componenti interni ed esterni del Tavolo, le audizioni con gli esperti e i magistrati (in particolare pubblici ministeri), la stesura delle relazioni -, ha fornito specifici contributi sulla disciplina europea in materia di confisca e il suo recepimento anche nel panorama comparato, nonché sulla giurisprudenza della Corte Edu in materia.

Il coordinatore ha svolto un intenso di lavoro di coinvolgimento di esperti esterni, anche se molti colleghi non hanno aderito all'invito a causa dei tempi strettissimi di lavoro. In ogni caso hanno fornito il loro contributo il Dott.re Roberto Flor (Università di Verona), in collaborazione con il prof. Luparia (Un. di Milano), in materia di strumenti di investigazione informatica; il prof. Fabrizio Siracusano (Un. di Catania) sulla prova dichiarativa alla luce della legislazione europea; la Prof. ssa Paola Maggio (Un. di Palermo) sul doppio binario processuale e i diritti della difesa nel settore della lotta al crimine organizzato; il prof. Gianluigi Gatta (Univ. Di Milano) in materia del reato di clandestinità e i rapporti con il crimine organizzato; l'avvocato Nicodemi in materia di tratta, insieme al dott.re Mancini

(procura dell'Acquila) che ha inviato un contributo in materia di caporalato; la dott. Valeria Scalia in materia di corruzione.

Anche dei colleghi stranieri sono stati coinvolti, nonché un procuratore inglese il dott.re David Trovato, che ha inviato un elaborato sulla possibilità di applicazione di un provvedimento di confisca, misura di prevenzione nell'ordinamento britannico alla luce del POCA 2002 e della normativa europea. La Prof. Teresa Aguado (Università di Siviglia) ha inviato due contributi sulla normativa spagnola in materia di crimine organizzato e confisca, in recepimento della Direttiva 42/2014; il prof. Colin King (Università del Sussex) sui medesimi argomenti nel sistema irlandese e ha inviato dei link sulla normativa inglese in materia; la Prof. Raphaële Parizot sulla fattispecie di "association de malfaiteur" nell'ordinamento francese.

Sono state svolte bene 16 audizioni di presenza o in via telematica: con il Eugenio Selvaggi per la sua esperienza in materia di cooperazione giudiziaria e con il dott.re Balsamo (Cassazione, prima procura di Palermo e di Caltanissetta, esperto in materia di lotta al crimine organizzato e normativa europea); il Dott.re Salazar nella doppia veste di esperto in materia di cooperazione giudiziaria e di inviato della procura generale di Napoli; il dott.re Spiezia (responsabile Desk italiano di Eurojust); il dott.re Roberto Alfonso, procura generale di Milano, per la sua esperienza in materia di lotta al crimine organizzato, da ultimo nell'ambito milanese (ricordiamo che la procura di Milano ha concluso un protocollo di collaborazione con Eurojust); il dott.re Paci, procuratore aggiunto di Reggio Calabria; il dott.re Prestipino (procuratore aggiunto a Roma); il dott.re Cieri (procuratore aggiunto a Bologna); Gatti (sostituto procuratore a Bari); dott. Zuccaro (procuratore di Catania), insieme al dott.re Fanara (sostituto procuratore) e alla dott.ssa Tiziana Laudani; con la dott.ssa Carmen Giuffrida (Corte di appello di Catania) la quale ha riferito sulle problematiche dell'accoglienza delle richieste di cooperazione e di applicazione del MAE. In via telematica con i dott.ri: Luca De Matteis (sezione Cooperazione Giudiziaria Penale presso la Rappresentanza permanente italiana UE); Ignazio Patrone (magistrato di collegamento a Parigi); Sandro Menichelli (Consigliere per HDG, TWP, LEWP, Schengen, Frontiere, COSI, CATS presso la Rappresentanza Permanente d'Italia UE, già membro supplente del Consiglio di amministrazione di Frontex); Stefano Castellani (procura di Torino); Mancini (procura dell'Acquila – in particolare sull'esperienza nella lotta alla tratta e relativa cooperazione giudiziaria, anche con paesi terzi).

Per le trascrizioni delle audizioni si sono generosamente impegnati le Dott.sse Paola Miglietta – Ministero (Salazar e Paci); Antonietta Mistretta – Un. Catania (Spiezia); Chiara Mignemi - Un. Catania (Selvaggi – Balsamo); Martina Costa - Un. Catania (Castellani e De Matteis); Giulia Zappalà - Un. Catania (Menichelli e Mancini); la laureanda Francesca Ferlito - Un. Catania (Prestipino e Gatti); i Dott.ri Tigano (Cieri), Ignazio Spataro – dottorando Un. Catania (Patrone); Alfio Grasso – dottorando Un. Catania (Alfonso).